شرح التلقين

للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري

536 - 453

1141 - 1061

الجزء الثاني

البيوع الفاسدة - الشروط في البيع

بيع الخيار - الرد بالغيب

بيع العهدة

المجلد الثاني

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي

دار الغرب الإسلامي

تونس

الإمام المازري

شرح التلقين

الجزء الثاني

المجلد الثاني

5

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي

تونس

كتب البيوع الفاسدة

بسم الله الرحمن الرحيم

صلّى الله على سيّدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم تسليما

كتاب البيوع الفاسدة[1]

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله: كتاب البيوع.

كلّ بيع فالأصل فيه الجواز، إلاّ ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع. وفساد البيع يكون بوجوه: 1 ـ منها ما يرجع إلى المبيع، 2 ـ ومنها ما يرجع إلى الثّمن، 3 ـ ومنها ما يرجع إلى المتعاقدين، 4 ـ ومنها ما يرجع إلى صفة العقد، 5 ـ ومنها ما يرجع إلى الحال الّتي وقع فيها البيع[2].

وربّما انفرد بعض هذه الأقسام بنفسه وربّما تداخلت.

فأمّا ما يرجع إلى المبيع فككونه[3] ممّا لا يصحّ بيعه، وذلك كبيع الحرّ والخمر والخنزير في حقّ المسلم، وبيع النّجاسات وما لا منفعة فيه كخشاش الأرض والكلاب. واختلف فيما يجوز الانتفاع به منها.

وما[4] يرجع إلى الثّمن فككونه ممّا لا يصحّ المعاوضة/ بجنسه. ويرجع ذلك إلى أنّه لا يصحّ بيعه.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل اثنا عشر سؤالاً منها أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين، وفي التلقين: كتاب البيوع.

(2) هكذا في النسختين، وفي نسختي التلقين: العقد.

(3) في التلقين: عند الغاني: فبكونه، وفي المغربية: فلكونه.

(4) وفي نسخة الغاني: وأما.

1 ـ ما حقيقة البيع؟

2 ـ وما يجوز العقد عليه أو يمنع؟

3 ـ وهل يجوز بيع المائعات النجسة؟

4 ـ وهل يجوز بيع جلود الميتة؟

5 ـ وهل يجوز بيع فضلات غذاء الحيوان؟

6 ـ وما/ حكم شعر الميتة؟

7 ـ وهل يجوز بيع المسك؟

8 ـ وهل يجوز بيع الكلب؟

9 ـ وهل يجوز بيع الصور؟

10 ـ وهل يجوز بيع جلد الضحايا والهدايا؟

11 ـ وهل يجوز بيع الماء؟

12 ـ وهل يجوز بيع ما يستعان به على ما لا يحلّ؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: البيع هو نقل الملك بعوض. وهذا الكلام يتضمّن إثبات ثمن/ ومثمون، وناقل، ومنقول إليه، وصفة النّقل. وهذا يحوج إلى الكلام في المعقود عليه، وصفة العقد، وصفة المتعاقدين.

وإذا قلنا: إنّ البيع الفاسد ينقل الملك كان بيعاً على الحقيقة. وإن قلنا: لا ينقل الملك، لم يكن بيعاً على مقتضى هذا الرّسم الّذي رسمنا به الحدّ من جهة معناه. لكن العرب قد تكون التّسمية عندهم حقيقة لاعتقادهم أنّ الملك قد انتقل، على حكمهم في الجاهليّة، وإن كان لم ينتقل، على حكم الإسلام، فتكون التّسمية حقيقيّة على مقتضى أصل وضعهم، ومجازاً على ما اشتقوا منه التّسمية بالإضافة إلى اعتقاد أهل الشّرع.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: ينبغي للفقيه أن يعتني بالنّظر في هذا الفصل، فإنّه تتفرّع عنه مسائل كثيرة. فيعلم أنّ سائر الموجودات الّتي يَحوزُها الإنسان للمنفعة بها لا تخلو من أن تكون ممّا لا يصحّ تملكها ولا انتفاع بشيء

فلم ينخرم ما أصّلناه، ولم يُبَح البيع والشّراء إلاّ في منتفع به في الدّنيا والآخرة.

وأمّا ما يصحّ بيعه وتملّكه فإنّه كلّ ما يجوز الانتفاع بسائر منافعه المقصودة فيه، كالثّوب والدّار والدّابة، وغير ذلك ممّا في معناه. فإنّ ما ذكرنا من ثوب ودابّة ودار يصحّ الانتفاع بسائر منافعه المقصودة منه، فلهذا جاز تملّكه وبيعه.

وأمّا ما اختلف حكم منافعه بأن حلّ بعضها وحرّم بعضها، فإنّك تنظر هاهنا، فإن كانت المنفعة المحرّمة مقصودة مرادة في نفسها، والمنفعة المباحة مقصودة مرادة في نفسها، فإنّ هذا القسم يصحّ تملّكه ولا يصحّ بيعه. أمّا جواز تملّكه وبقائه في اليد، فلأجل حاجة مالكه إلى تلك المباحة فيه. وأمّا منع بيعه فلأجل أنّ الثّمن المبتذل فيه إنّما بذل عن سائر منافعه من غير تخصيص ولا تعيين. وإذا كان الأمر هكذا، فقد صار الثّمن مبذولاً عن محرّم ومحلّل، فوجب فسخ العقد وإبطاله كلّه، لأنّ الّذي يقابل المنفعة المحلّلة من الثّمن مجهول حين العقد، والّذي يقابل المنفعة[1] ممنوع فيه البيع والمعاوضة، فبطل الجميع، هذا لكونه ثمناً لمحرّم، وهذا لكونه ثمناً مجهولاً عوضاً عن مباح، ومن اشترى ما يحلّ تملّكه وبيعه بثمن مجهول، فإنّ ذلك فاسد لا يجوز. وقد مضى هذا فيما تقدّم لمّا تكلّمنا على حكمِ صفتُه[2] جمعت حلالاً وحراماً، كبيع قلّة خلّ وقلّة خمر بثمن واحد في عقد واحد. لكن قد يقع في هذا الامتزاج إشكال بأن تكون المنفعة المحرّمة لا يتّضح كونها مقصودة في بعض المتملّكات أو المنفعة المباحة. فيُفرض هاهنا إشكال: هل هذا المقصود عليه الّذي اختلف حكم منافعه يلحق بما حرُم سائر منافعه لمّا كان ما يباح منه يشكل أمره، هل هو غير مقصود في حكم العدم؟/ أو يكون هذا الإشكال في المنفعة المحرّمة، فيلحق بما أبيح سائر منافعه (فيلحق)[3] هاهنا اختلاف في المذاهب، أو يزول بهذا عن طبقة التّحريم إلى الكراهيّة؟ فهذا هو السرّ الّذي من انكشف له وأجراه كما ينبغي

(1) أي: المحرمة.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب صفقة.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف: فيلحق.

في سائر فروع هذا الباب[1] وصحّ له وجه الاتّفاق أو الاختلاف في المذاهب فيها. وقد تكلّمنا على هذا في كتابنا المترجم **بالمعلم**[2].

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: الأصل في منع بيع النّجاسات ما تقدّم من الحديث المذكور فيه أنّه عليه السلام لمّا نهى عن بيع الميتة قيل له: إنّها تطلى بها السفن ويستصبح بها. فقال: «لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشّحوم فباعوها وأكلوا ثمنها» الحديث المشهور. فأشار إلى أنّ ما منع الانتفاع به منع أخذ ثمنه، لمَّا بسطنا وجْه المنع منه فيما تقدّم. فمن هذا النّوع الزّيت الّذي ماتت فيه فأرة، فإنّه لا يجوز بيعه في المشهور من المذهب. وأجاز بيعه **ابن وهب** إذا بيّن. واشترط غيره في جواز بيعه ألاّ يباع من مسلم. فإذا عرضت هذه المذاهب على ما تقدّم بيانه من التّعليل، علمت سبب هذا الاختلاف. وأنت قد علمت أنّ الزّيت أحد منافعه أكله، وهي منفعة مقصودة فيه، وفيه منفعة أخرى وهي وقيد ودهن ما يحتاج فيه إلى ترطيبه أو حفظه بالزّيت. فأمّا الأكل فإنّه ممنوع منه ما دام نجساً، لا سيما إذا كانت النّجاسة ظاهرة فيه. وأمّا وقيده في غير المساجد الّتي يحترم[3] أن يوقد فيها النّجاسات، فإنّ المشهور من المذهب جوازه. وقال **ابن الماجشون**: لا يجوز ذلك، ولو أجزناه لأجزنا الانتفاع بشحم الميتة. فأشار إلى الانتفاع بشحمٍ/ لا يخالَف فيه، ولذلك جعله حجّة على من أجاز الاستصباح. بشحم[4] الميتة، والانتفاع به يجوز على مقتضى من أجاز الاستصباح بالزّيت النّجس. ويمكن عندي ألاّ يلزم هذا المذهب ما ألزم عليه شيخنا لكون أجزاء شحم الميتة نجسة كلّها نجاسة ترجع إلى العين، ولا يمكن تطهيرها. والزّيت النّجس إنّما اجتنب لأنّ فيه أجزاء يسيرة وهي ما يحلّ فيه من أجزاء ميتة أو غيرها، ولو تميّز هذا النّجس من الأجزاء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.
(2) انظر المعلم: 2/157 ـ 158.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يحرم.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فَشحمُ ـ بالفاء ـ.

الظّاهرة لحلّ الأكل والاستصباح، ولكن منع الجميع لعدم التّمييز الآن، أو لامتناعه على ظاهر الرّوايات. وإن كان قد روي عن **مالك** أنّه أجاز استعماله إذا طُهِّر. وبهذا كان يفتي **ابن اللباد**، ويستشهد بما وقع **لابن القاسم**[1] في ما سقطت فيه فأرة أنّ الدّهن الأوّل يستعمل بالماء مرّتين أو ثلاثة[1].

فإذا تحقّقت حكم الانتفاع في الأكل وفي الاستصباح، فإنّا إن منعنا الاستصباح به منعنا أكله. وذهابنا إلى أنّه لا يطهر بالماء/ اقتضى هذا منع بيعه لكون جملة منافعه المقصودة ممنوع استباحتها، ولا يرجى ذلك منها. وإن قلنا: إنّ الاستصباح به مباح وهو على حالته، فإنّ البيع أيضاً لا يجوز لكون منفعة مقصودة فيه محرّمة وهي الأكل. وقد تقدّم بيان علّة المنع من هذا الوجه. وإن قلنا مع هذا: إنّ تطهيره بالماء يميّز منه أجزاءَ النّجاسة حتّى يعود طاهراً يجوز الانتفاع به أكلاً واستصباحاً، حسن أن يقال على هذا: إنّ بيعه جائز كما يجوز بيع الثّوب النّجس، وإن كان لا يصلّى به، لما أمكن زوال السبب المانع من الصّلاة به بإزالته نجاسته بالتّطهير. وقد يعترض على هذا بأنّ الخمر لا يجوز بيعها، وإن قلنا: إنّها إذا تخلّلت جاز شربها، لما أشرنا إليه من كون الخمر جميع أجزائها نجسة العين، فتكون المعاوضة عليها معاوضة عمّا جميعه نجس حرام، والمعاوضة على الزّيت النّجس معاوضة عمّا أكثر أجزائه حلال، ويمكن تمييز الأجزاء النّجسة منه من غير تغيير أعيان، بخلاف الخمر الّتي جميع أجزائها نجسة، والتّحليل إنّما يكون بالتّخليل وهو أيضاً لا يباح ابتداء، ولكنّه إن فعل، جاز شربها على أحد القولين.

وعلى هذا الأسلوب يجري الانتفاع بالماء الّذي غلبت عليه النّجاسة، فإنّ

---

(1) هكذا في النسختين، وفيه اضطراب. وتوضحيه من كلام ابن غازي إذ يقول: أما زيت خلط بنجس ففي تطهيره بطبخه بماء، مرتين أو ثلاثاً، ثالثها: إن كثر، ورابعها: إن تنجس بما ماتت فيه دابة لا بموتها في الزيت. فالأول لسماع أصبغ من ابن القاسم وفتيا ابن اللباد... مواهب الجليل: 1/ 114. هكذا في النسختين ولعل صواب العبارة في بانٍ أُغلي «والبان شجر معروف. حبه أساس لأدوية كثيرة» «تاج العروس ج34 ص 289»

شربه ممنوع، والانتفاع به جائز على أحد القولين. فأجاز في **المدوّنة** أن يعلف العسل النّجس للنّحل. وأجاز أيضاً ما في جباب **انطابلس**[1] إذا سقطت فيه دابّة، أن يسقي المواشي. ولكنّه لم يذكر كون نجاسة هذه الدّابّة غلبت على الماء. وقيل: لا يطعم ما عجن به لداجن ولا لكافر، وأجراه مجرى الميتة. وقيل: يقصر هذا المنع على تغذية حيوان يؤكل لحمه دون ما لا يؤكل لحمه، لكون ما يؤكل لحمه قد يستباح بالتّذكية فيؤكل وقد خالط لحمه شيء من الأجزاء النّجسة، بخلاف سقي الشّجر به والزّرع، لكون هذه الأجزاء النّجسة استحالت، وكأنّها انعدمت في الزّرع والشّجر إذا صار الزّرع حبّاً وأثمر الشّجر. وأنت إذا أجريت هذه الرّوايات على أسلوب واحد، علمت أنّ الانتفاع بالنّجس مختلف فيه في المذهب على قولين. وقد[2] أشار إلى التّفرقة بين الحيوان المأكول وما لا يؤكل، فإنّما ذلك لمعنى آخر وهو كون تغذية ما يؤكل لحمه بذلك يقتضي إباحة أكل النّجس أو شربه. وقد وقع في الحديث الّذي تقدّم ذكره أنّه عليه السلام لمّا قيل له في شحوم الميتة: إنها تطلى بها السفن ويستصبح بها النّاس، فقال: «لا، هو حرام». وقد ذكرنا في كتابنا **المعلم** ما المراد بقوله: «لا، هو حرام» هل هو البيع، الّذي ذكره في صدر الحديث، وما اعتذر له به/ من الحاجة إلى استعماله مباح[3]، ولكنّه ليس بعذر في جواز البيع؟ أو المراد بقوله: لا، هو حرام، الاستصباح بذلك وطلي السفن.

والجواب عن السؤال الرّابع/ أن يقال: أمّا جلود الميتة، فإنّ الانتفاع بها قبل الدّباغ ممنوع عندنا لكونها نجسة. والنّجَس لا ينتفع به على حسب ما قدّمناه. وأمّا حكمها إذا دبغت، فإنّ المذهب على قولين: هل تطهر بالدّباغ طهارة كاملة فإن بيعها جائز لإباحة جملة منافعها. وإن قلنا: إنّها لا تطهر

---

(1) هي مجموعة خمس مدن معروفة Jontapoles بجهة برقة، انظر شرح غريب ألفاظ المدونة: 17.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ومَن.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في مباح.

بالدّباغ طهارة كاملة فإنّا لا نجيز بيعها لكون بعض منافعها لا تباح وإن دبغت. وقد تقدّم كون حكم الشّيء، مختلفاً أحكام منافعه منها محلّل ومنها محرّم، هل يجوز بيعه أم لا؟ واتّقى **مالك** استعمالها في المائعات دون اليابسات الّتي يؤمن أن تميّع شيئاً من أجزاء الجلد. ولكنّه لم يحرّم هذا، بل أشار إلى إباحة الانتفاع باستعمالها وعاء للجمادات وللمائع، ولكنّه استثقل المائع تورّعاً واحتياطاً. وقد تكلّمنا على حسب هذا الاختلاف في كتابنا **المعلم** وعلى جملة مذاهب النّاس فيه وما ورد من الأحاديث. وخرّجنا ذلك على أصول الفقه وشواهد الأصول. وذكرناه أيضاً في **شرح التّلقين** بما يغني عن إعادته هاهنا. ونبّهنا على ما وقع من اختلاف الرّواة في جلد الشّاة الّتي ماتت، وإباحته أن ينتفع[1] قولاً مطلقاً. وتقييد هذا القول في رواية أخرى بقوله: ألا أخذوه فدبغوه وانتفعوا به. لكن إذا قلنا هاهنا إنّه نجس قبل الدّباغ وأنّه يطهَر بالدّباغ، فهل يباع قبل الدّباغ لكونه يمكن فيه كون فعلٍ مّا يصيّره طاهراً، كما قلنا في الزّيت النجس ؟ أو لا يسوغ ذلك لما أشرنا إليه من الفرق بين بيع الخمر قبل أن يخلّل وبين بيع الزّيت النجس؟ فإذا قلنا: إنّ الدّباغ يصيّره طاهراً، ونجاسته ليست راجعة لعينه لكن أجزاء تخلّلت الجلد تذهب بالدّباغ، فإنّ هذا يوجب إلحاقه بالزّيت النّجس. وقد أشرنا في كتاب **المعلم** وغيره إلى علّة كون الدّباغ يصيّره طاهراً لكونه حافظاً له من الفساد كما تحفظ الحياة من الفساد. وأمّا عظام الميتة، فإنّه قد اختلف في الإدّهان بدهن وضع في أنياب الفيل، على أنّ النّاب من الفيل ليس كالعظام الباطنة، وإنّما هو كقرن مقلوب، واختلف في قرون الميتة وأظلافها، فقيل: إنّ ذلك نجس. وقيل: أمّا ما قطع منها وهي حيّة وكان لا يؤلمها، فإنّه طاهر، سواء أخذ في حياتها أو مماتها. وعلى هذا يجري حكم الأظفار. وقد أوعبنا الكلام على عظام الميتة فيما تقدّم من هذا الكتاب في موضعه الّذي يليق به. وقد ذكر في **المدوّنة** من كتاب البيوع الفاسدة أنّه لا يوقد عظم الميتة تحت قدر فيها ما يستعمل لوضوء أو عجين. وقال بعض الأشياخ: إنّ ذلك إذا فعل لا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن ينتفع به.

يوجب نجاسة الماء الّذي سخن بها ولا نجاسة الطّعام الّذي طبخت به، إذا لم يوضع/ الطّعام على عظام الميتة وضعاً [1] وقدت العظام فتصاعد دخانها. ورأى بعض أشياخي أنّ هذا الدّخان إذا انعكس إلى الطّعام أو الماء نجّسه. وهذا الاختلاف من هؤلاء المتأخّرين يلتفت فيه إلى النّظر في استحالة أعيان الجواهر النّجسة حتّى ينتقل اسمها وهيئتها، هل يرفع حكم النّجاسة أم لا؟ وهذا أيضاً بسطناه في موضعه. وقد قال في **المدوّنة** في كتاب البيوع الفاسدة أيضاً: إذا أوقدت عظام الميتة على الجير والقدور، فإنّه لا بأس[2] بذلك. فقال بعض: إنّما مراده أنّ ذلك لا يكون نجساً، ولم يرد إباحة هذا الفعل ابتداء، لأنّ نقل الميتة وحيازتها على جهة التملّك لها منهيّ عنه. كما قال **ابن/ الموّاز**: إنّ عظام الميتة يجوز أن ينقل الرّجل كلابه إليها لتأكل منها، ولا ينقل الميتة إلى كلابه. ورأى أنّ نقل الميتة إلى كلابه حيازة للميتة على جهة التملّك. فكذا ينبغي أن ينهى هذا عن نقل هذه العظام ليوقد بها على جير أو قدور. وبعض أشياخي يحمل ذلك على ظاهره وأنّه يقتضي جواز الفعل. وقد اختلف الشيخ **أبو الحسن بن القابسي** والشيخ **أبو القاسم بن شبلون** في قدر طبخت بعظام ميتة. فقال الشّيخ **أبو الحسن**: لا يطهّرها الغسل بالماء، وإذا لم يطهّرها ذلك، فإنّها لا يطبخ فيها. وقال **أبو القاسم بن شبلون**: بل تطهر بالماء إذا غسلت كما ينبغي. واستشهد بجواز أكل ما يطبخ في قدور المجوس إذا غسلت وهم يطبخون فيها الميتة. وانفصل عن هذا بأنّ قدور المجوس إنّما نجست لأجل ما يطبخ فيها من ميتة، فكذلك تطهر بالماء المطبوخ فيها. والقدور الّتي أوقد على طبخها عظام الميتة نجست نجاسة باطنة لا يزيلها الماء. وقد ذكر **الطّحاوي** في كتاب مسائل **الخلاف** له عن **مالك** أنّه رأى أنّ ما طبخ بعظام الميتة من الطّين حتّى صار قدراً لا يطهر بالماء.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: ذكر في **المدوّنة ابن القاسم** أنّه لم

(1) بياض بالنسختين، ولعله: ثُمَّ.
(2) في الوطنية: يأمَن.

يسمع من **مالك** في جواز بيع الزّبل شيئاً، ولكنّه سمع منه أنّه كره بيع العذرة لنجاستها. قال: كذلك ينبغي أن يكره بيع الزّبل لنجاسته، وأنا لا أرى ببيعه بأساً. فساوى **ابن القاسم** في إلزامه **مالكاً** ما بين حكم العذرة والزّبل، فمقتضى هذا جواز بيعها عنده، والنّهي عنه على رأي **مالك**. وقد قيل في الزّبل: المشتري أعذر فيه من البائع، وأمّا العذرة فلا خير فيها. وقيل أيضاً: إنّ المشتري العذرة أعذر من البائع. **وقال ابن عبد الحكم**: لم يعذر الله سبحانه واحداً منهما وهما سيّان في الإثم. وقد قدّمنا لك ما تعلم منه سبب هذا الاختلاف. لكن عرض في هذا ضرورة، وهي حاجة النّاس للتّسميد لبقولهم لأنّها محتاجة إلى التّسميد بالعذرة أو/ روث الدّواب. وهذه الضّرورة تبيح المحظور وتنقل الأحكام. فحرّم **ابن عبد الحكم** البيع لأجل كون هذه نجسة، والنّجس لا يباع **كما قدّمناه لمّا ذكرنا الحديث الوارد في مثل هذا**. ورأى **ابن القاسم** أنّ هذه الضّرورة تبيح المحظور. وأشير في بعض الرّوايات إلى أنّ الزّبل أخفّ في هذا من العذرة، لكون العذرة متّفق على نجاستها. وفرق في العذرة بين البائع والمشتري. لكون المشتري لا مندوحة له عن الشّراء، وكون البائع يمكنه بذل ذلك بغير عوض. فالضّرورة متحقّقة في حقّ المشتري، وغير متحقّقة في غير[1] البائع. وقد كره **ابن عمر** أكل البقل الّذي ينبت بهذا. ذكر عنه **ابن الموّاز**، وقال: وأنا لا أرى بأكله بأساً. فكأن **ابن عمر** لا يرى استحالة عين النّجاسة مؤثّراً. وهذا الّذي ذكرناه في هذه المسئلة مأخوذ حكمه وتعليله ممّا قدّمناه وأصّلناه فيما قبل.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: الشّعر كأنّه متكوّن عن أبخرة وغيرها ممّا ينبعث من البدن على رأي صناعة أهل الطّبّ. وقد اختلف العلماء في طهارة شعر الميتة. فقال **مالك** إنّه طاهر. وقال **الشّافعي**: إنّه نجس. وسبب هذا الخلاف ما قدّمناه مراراً من كون ما كانت به حياة ثمّ ذهبت بأمر إلهي، فإنّها به ميتة، وما لم تخلق فيه حياة قطّ، فلا يقال: إنّه ميتة، في عرف التّخاطب،

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في حق البائع.

ولكنّه جماد أو موات. فإن سلّمنا أنّ الشّعر كان حيّاً أيّام حياة ذي الشّعر، ثمّ مات ذو الشّعر، فإنّ الشّعر/ يموت بموته، وإذا مات وذهبت منه الحياة وتعقبّها الموت، كان ميتة. والميتة ليست بطاهرة. ويستدلّ على كونه حيّاً بنمائه وزيادة أجزائه، على حسب ما تنمي أجزاء بدن الحيوان الحيّة كسائر أعضائه وغيرها. وإن قلنا: إنّه لم تخلق فيه حياة قطّ، فإنّه لا يكون ميتة بموت ذي الشّعر، لما قدّمنا من كون هذه التّسمية إنّما يراد بها ما كان حيّاً فمات حتف أنفه. ويستدلّ لهذا المذهب بكونه لا يحسّ الألم، ولا يحسه ذو الشّعر إذا قصّ ذلك عنه. وإنّما يستدلّ على وجود الحياة أو فقدها بإحساس الألم أو فقده، لأنّ الإحساس للألم أو اللّذّة إنّما تكون في الحسّاس الدّارك، ولا يكون حسّاساً درّاكاً من الحيوان إلاّ وله إدراك وحياة، فإذا لم تدركِ الآلام ولا اللّذّات، فقد فَقَد الحسّ والإدراك، وذلك يشعر بكونه جماداً أو مواتاً، إذا لم توجد آفة منعت من الإدراك، فإذا ذهبت عاد الحسّ والإدراك إلى ما كانا عليه. والاستدلال على الحياة بوجدان الحسّ والألم أولى من الاستدلال بالنّماء وانبساط الجسم في الجهات، لأنّ النّبات ينمي ويزيد، ثمّ ليس هو بحي.

وشعر الخنزير يجري مجرى شعر الميتة من الحيوان الّذي يحلّ أكله. **لكن أصبغ** خالف في هذا، ورأى أنّ شعر الخنزير نجس/ على كلّ حال حيّاً أو ميّتاً، كما كان الخنزير نجساً حيّاً وميّتاً. بخلاف الشّاة والبقرة فإنّ أعيانهما طاهرة حال الحياة، فكذلك شعورهما بعد الموت لكونها غير مشاركة في الحياة.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: المسك طاهر عند جمهور العلماء. وشذّ قوم، فقالوا بنجاسته. وكأنّهم قدّروه كفضلة انبعثت من جسم الغزال الّذي يؤخذ منها المسك، حتّى صارت كعضو منها[1] تلحق فيه الحياة، ثمّ تخلق[2] فيه الموت إذا فارق الجسم الّذي أخذ منه وانفصل عنه، عاد كإصبع قطع من

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يخلق ـ بالتذكير ـ.

الحيوان، فإنّه يكون نجساً لكون حياته عدمت من غير تذكية. وأمّا الجمهور الذّاهبون إلى طهارته، فإنّهم يشيرون إلى حصول الاتّفاق على استعماله والتطيّب به في زمن السلف حتّى صار كالإجماع. وقد أشار **البخاري** إلى الاستدلال على جواز بيعه بحديث **أبي موسى** أنّ النبيّ ﷺ قال: «**مثل الجليس الصالح والجليس السوء كمثل صاحب المسك وكير الحديد لا يعدمك من** صاحب المسك إمّا تشتريه أو تجد ريحه، وكير الحدّاد **يحرق بيتك أو ثوبك أو تجد ريحاً خبيثة**»[1]. فأشار البخاري إلى الاستدلال بقوله: «إمّا تشتريه». وظاهر هذا إباحة الشّراء، ولو كان نجساً لم يبع ولم يشتر، على حسب ما أصّلناه في منع بيع النّجاسات الّتي لم تضطرّ ضرورة إلى إباحة بيعها. كما لم يجز بيع الخمر لنجاستها وكونها لا ضرورة بالإنسان إلى الانتفاع بها، بل يضرّه الانتفاع بها لكونها تصدّ عن ذكر الله في حقّ الصّلاة، كما قال سبحانه. وقد ذكر أيضاً في الصّحيح دم الشّهداء وشبهه بالمسك في طيب رائحته[2]. وهذا يشعر بطهارته لكون الحديث ساقته[3] تدلّ على المدحة والثّناء. وأيضاً فإنّا لو سلّمنا أنّه نجس وأنّه من دم الغزلان الّتي يؤخذ منها المسك، كما أشار إليه **المتنبّي** في قوله يمدح **سيف الدّولة**:

فإن تفق الأنام وأنت منهم ... فإنّ المسك بعض دم الغزال

فإنّه قد استحال عن كونه دماً وتبدّلت أعراضه وصفاته. وقد قدّمنا أنّ تبدّل الصفات وتغيّر الأسماء والأشكال للأجسام تقتضي تبدّل الأحكام في النّجاسة. وهذا إذا سلّمنا كون المسك كلّه صفة واحدة. ويمكن أن يكون يؤخذ منه ذلك بعد التذكية المبيحة لأكله/ فيكون هذا المقدار من جنسه طاهراً أيضاً. ويمكن أيضاً أن يكون يؤخذ منه ولا يؤلمه، وليس الطّريقين اللذين ذكرناهما. وقد وقع اضطراب في الطّرطر الّذي يشبّب به الصوف إذا صبغ باللّكّ[4]، هل

---

(1) البخاري: كتاب الذبائح: باب المسك: 12/82.

(2) يشير إلى الحديث الذي رواه البخاري حول دم الشهيد. في نفس الإحالة السابقة.

(3) هكذا في النسختين، والصواب: سياقته.

(4) نبات: انظر تاج العروس ج27 ص 322.

يجوز أم لا؟ فإن قدّرنا أنّه ليس بنجس لأنّه استحال عن كونه خمراً استحالة غيّرت اسمه وصفاته لكونه يابساً والخمر مائعة، ولكون الخمر/ يسكر وهو لا يسكر، لم نقل بنجاسته. وإن قلنا: إنّه بعض أجزائه[1] الخمر الكثيفة والجواهر الغليظة المعتصرة من الأعناب وإنّه أحد أجزاء الخمر الّتي غلت ونشّت، والاستحالة لا تنقله عن حكم النّجاسة، قضينا بنجاسته ونظرنا في تصوّر الحاجة إلى إجازة بيعه. فإن تصوّر في ذلك ما تصوّر في بيع الرّجيع والأزبال، جرى الأمر فيه على ما قدّمناه فيها.

وقد اختلف عندنا في عرق السكران، هل هو نجس أو طاهر؟ فقيل بطهارته، لأنّا، وإن قدّرناه دفعته القوّة الطبيعيّة من أجزاء الخمر المشروبة، فما دفعته إلى صحن الجسم إلاّ وقد استحال وتبدّلت صفاته لمّا كان خمراً.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال: اختلف المذهب في جواز بيع الكلب المباح اقتناؤه على قولين. وسبب هذا الاختلاف فيما مضى التّنبيه عليه لمّا ذكرنا كون جواز البيع متعلّقاً بجواز الانتفاع. فالكلب الّذي لا ينتفع به منفعة مأذوناً فيها لا يجوز بيعه، لما قدّمناه من كون إجازة بيعه إجازة لأكل المال بالباطل. والّذي أذن في الانتفاع به قد تقرّر من جملة منافعه أكله. وأكله منهيّ عنه لأنّه داخل في ظاهر قوله: **أكل كلّ ذي ناب من السباع**[2]. ومن منافعه المباحة الاصطياد به وحراسته الزّرع والضّرع. وأمّا حراسة الدّيار وما فيها من الأموال، فإنّ ذلك ممّا اختلف النّاس فيه. فمنهم من ذهب إلى إباحة ذلك قياساً على حراسته الزّرع والضّرع. ومنهم من منع ذلك لأنّه عليه السلام قال: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب»[3]. فحصر هذا الذم بالبيوت الّتي فيها الكلاب. والزّرع والضّرع إنّما يكون غالباً في الفيافي والقفار الغير مسكونة، فلا يصحّ قياس حراسة البيوت على حراسة الزّرع والضّرع لما ذكرناه. على أنّه يمكن أن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أجزاء.

(2) حديث. انظر مسلم: إكمال الإكمال ج 5 ص 175. مختصر سنن أبي داود: 3645.

(3) صحيح متفق عليه، فيض القدير: 1/393.

يقال: إنّ الغنم المحروسة بالكلاب في الفيافي والقفار ربّما باتت في المداين في ديار أربابها. وإِذْن الشّرع في اتّخاذ الكلب لحراسة الزّرع وقع مطلقاً لم يفرّق فيه بين نهار ولا ليل ولا مكان. وقد رأيت بعض أصحابنا البغداديين يحتجّ للقول بالمنع من اتّخاذ الكلب حارساً للدّيار بأنّه قد يطرق الدّار الضيفان والزوّار فيروّعهم وقد يؤذيهم. وأيضاً فإنّه لا يباح تسليط الكلب عليه ولا يعلم مبلغ أذاه له وقد يؤدّي إلى تلاف[1]. ورأيت في بعض التّعاليق عن أشياخ القرويين تنازعاً فيه. وقد اختلف النّاس أيضاً فيما أبيح اتّخاذه لصيد أو لحراسة ضرع أو زرع، هل من شرط الإباحة حصول الزّرع والضّرع أو إمكان الاصطياد والعزم عليه، أو يجوز ذلك وإن لم يكن عند، متّخذه زرع ولا ضرع ولكنّه إنّما اقتناه لأجل كونه قد يكسب ذلك ويحتاج إليه؟ فإذا تقرّر ما يجوز من/ الانتفاع بالكلب وما لا يجوز، وكانت منافعه منها مقصود محرّم ومنها مقصود محلّل، وجب المنع من البيع، لأجل ما قدّمناه فيما سلف. ولا يلزم إذا أُلزِم قاتلُه القيمةَ أن يجوّز البيع، لأنّ البيع معاوضة عن جملة منافع منها محلّل ومحرّم، ومقدار ما ينوب كلّ واحد من الثّمن لا يتميّز، والتّقويم إنّما يكون مبنيّاً على ما/ يقابل ما أتلف عليه ممّا يصحّ له ملكه والانتفاع به. وإلزام القيمة وهي مجهولة قبل النّظر فيها لا أصل له في المنع كما يلزم من أتلف ثوباً قيمته، وبعد إلزامه ذلك ينظر في مقدارها.

والجواب عن السؤال التّاسع أن يقال: أمّا الصّور فممنوع بيعها، وممنوع إنشاؤها لما ورد من الأخبار في وعيد المصوّرين بعذاب، على حسب ما وقع في الأخبار. وهذا على مذهبنا فيما سوى الأرقام الّتي يحاكى بها الصّور وهي تمتهن، على حسب ما ذكره في **المدوّنة**، وما ورد به الحديث المستثنى فيه الثّياب الّتي ترقم[2]. وإذا ثبت منع التّصوير واستعماله، منع البيع لكونه معاوضة على ما لا ينتفع به.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: تلف.

(2) رواه الشيخان. فتح الباري ج 12 ص 514.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال: قد تكلّمنا في كتاب الضّحايا على منع بيع جلودها لكونها تذبح على جهة التّقرّب إلى الله سبحانه، وقصداً لأنْ يكون العوض عنها ثوابَه، فلا يصحّ أن يباح طلب العوض من جهة أخرى مخالفة للجهة الّتي أريقت دماء الأضاحي عليها. وكان الأصل منع أكل لحومها ومنع أكل لحوم الهدايا لكونها قصد بها وجه الله تعالى واتّخاذها قربة إليه ولا يرجع فيما تقرّب به. لكنّ الشّرع أذن في أكل اللّحوم، فقال تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾[1]. وإذا جرى هذا مجرى التّرخيص لم يخرج بالرّخصة عمّا وجد فيها. وهذا مبسوط في كتاب الضّحايا.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال: أمّا الماء فقد اختلف في بيعه العلماء. وقد وقع في الآثار النّهي عن بيعه مطلقاً. وفي بعضها أنّه نهى عن بيع فضل الماء[2]. والانتفاع بالماء مباح وليس فيه منفعة مقصودة محرّمة، فكان الأصل جواز بيعه لكون سائر منافعه محلّلة، ولهذا أجزنا بيع ما في دار الإنسان من ماء في ماجل أو في بئر قد احتفره لحاجته إليه واختزن فيه الماء لشربه وطهوره، فتسوغ له المعاوضة عن هذه المنافع المباح جميعها. وإنّما يمنع بيع فضل الماء لكون منبع هذا الماء بالحفر وغير ذلك إذا قصد به تحبيس[3] ما زاد على مقدار حاجته إليه على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر أن يقال: قد تقرّر أنّ ما حرّمت منافعه حرّم بيعه. فكذلك ما أدّى إلى الوقوع في التّحريم، مثل أن يبيع عنباً ممّن يعصره خمراً، فإنّ العنب مباح الانتفاع به، فجاز لهذا بيعه، فإذا صار خمراً/ حرم شرب الخمر. فإذا باعه ممّن يصنعه خمراً لشربه، صار معيناً على ما لا يحلّ، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[4]. وكذلك بيع ثوب

---

(1) سورة الحج 36.

(2) شرح النووي كتاب المساقاة ج6 ص 440

(3) هكذا في النسختين، والصواب: حبس.

(4) سورة المائدة: 2.

الحرير ممّن يلبسه. وألحق بعض الأشياخ شراء بعض الصقالبة، فقال: إن كان الشّراء لم يحمل النّاس على خصاهم لكونهم يثمنون في ذلك منع من شرائهم. وإن كان شراؤهم لا يحمل على خصاهم، ولا يكون باعثاً لأرباب العبيد على خصاهم ولا داعياً لهم إلى ذلك جاز شراؤهم. وهذا الّذي قال ينبغي أن يقيّد بكون المخصي لهم لا يعتقون عليه لأجل ما فعل ممّا لا يحلّ له. وقد اختلف المذهب عندنا في النّصراني إذا أخصى عبده، هل يعتق عليه أم لا؟ فإذا وجب عتق من صار خصيّاً لجناية سيّده عليه، وقضي عليه بذلك، لم يجز الشّراء، كما لا يجوز شراء الأحرار.

وبيع السلاح ممّن يقاتل بها من لا يحلّ قتاله لا يجوز أيضاً لكون ذلك معونة على ما لا يحلّ، كما قلناه في بيع العنب ممّن يتّخذه خمراً إلى غير ذلك ممّا في معناه.

فصـــل آخر

يتعلّق بما ذكره القاضي عبد الوهاب هاهنا وهو قوله: كلّ بيع/ فالأصل فيه الجواز، إلاّ ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع.

قال الشّيخ رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ هل ينقل البيع الفاسد الملك أم لا؟

2 ـ وما سبب الاختلاف في ذلك؟

3 ـ وهل ينقل الضّمانَ العقدُ الفاسد؟

4 ـ وما الّذي يفيت البيع الفاسد[1]؟.

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: اختلف النّاس في البيع الفاسد، هل ينقل الملك أو لا ينقله؟ فذهب **أبو حنيفة** إلى أنّه ينقل الملك إذا اتصل به القبض وذهب الشافعي إلى أنه لا ينقل الملك ولو اتّصل به القبض. وبعض أصحابنا يحكي أنّ مذهب **مالك** أنّه لا ينقل الملك، ولكن نقل شبهة الملك. إلى هذا يشير بعض البغداديين من أصحابنا. وقال بعض أشياخ القرويين: إنّ مذهب **مالك** أنّه لم[2] ينقل الملك. وعوّل في هذا على قوله في المدوّنة[3] في كتاب الحبس والصدقة. فيمن باع بيعاً فاسداً ثمّ وهب المبيع قبل أن يفوت في يد المشتري، فذكر التّعليل بأن قال: بأنّ البيع هاهنا إذا نقض عاد الملك إلى البائع الأوّل فنفذت الهبة، ولو كانت الهبة بعد الفوت لم تنفذ. فاعتمد على قوله: إنّ

---

(1) في النسختين بياض مكان السؤال الخامس. والذي يفهم من الجواب عنه أن يكون: ما هو الحكم عند ارتفاع الأسباب الموجبة للفوت.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا.

(3) المدونة: 4/329 في الرجل يبيع عبده بيعاً فاسداً ثم يهبه البائع لرجل آخر.

البيع إذا نقض لفساده عاد على الملك الأوّل، ورأى أنّه لو نقل الملك، لم يعد على الملك الأوّل، بل يكون ملكاً مستأنفاً. وهذا الّذي قال قد يقتضي ظاهره صحّة ما تعلّق به هذا من كون اللّفظ يقتضي كون البيع الفاسد لم ينقل الملك. لكنّه قد يتأوّل فيه: إنّما أراد: الملك انتقل، ولكنّه انتقل عن هذا الانتقال بفسخ هذا العقد. كما يقال: إنّ المبيع المعيب قد انتقل/ الملك فيه للمشتري، ولكنّه إذا ردّ بالعيب، كان ردّه بالعيب حل[1] للبيع من أصله على أحد القولين. وهذا وإن صح تأويله لأنّه[2] الأظهر فيه ما قاله بعض الأشياخ. لكن قد ظهر لي لفظ آخر قد وقع في **المدوّنة** ربّما كان التعلّق به في عكس هذا الحدّ. وذلك أنّه قال في كتاب العتق فيمن قال لعبد: إن اشتريتك أو ملكتك، فأنت حرّ. فاشتراه أو ملكه: إنّه يعتق عليه إذا اشتراه شراء فاسداً. فلو كان الشّراء الفاسد لا ينقل الملك، لم يعتق عليه، لعدم الشّرط الّذي علق به العتق، وهو: لو صحّ ملكه بشراء صحيح. ولكن لو علق اليمين بشرط غير هذا فقال: إن اشتريتك فضربتك فأنت حرّ، فإنّه لا يعتق عليه إذا اشتراه ولم يضرِبْه. فكذلك إذا قال: إن ملكتك فأنت حرّ. فاشتراه شراء لا يملكه به، فإنّه لا يعتق عليه لعدم الشّرط الّذي علق به العتق. فإن سلّمنا التعلّق بما في كتاب الحبس والصدقة، كان المذهبان المذكوران عن **أبي حنيفة والشّافعي** موجودين عند نافي المذهب.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: ما سبب الاختلاف في كون البيع الفاسد ينقل الملك؟ فإنّ له تعلّقاً بمسئلة أصولية هو كون النّهي دالاًّ على فساد المنهيّ عنه ونقضه وكونه مرفوعاً من أصله، قولاً على الإطلاق، وهو أصل الشّافعيّة. وأصل الحنفيّة تسليم هذا إذا كان النّهي يعود إلى نفس المنهيّ عنه. فأمّا إن كان يعود إلى معنى غيره[3]، ولكنّه متّصل به، فإنّه لا يصير المنهيّ عنه مرفوعاً كأنّه لم يكن. ولكنّه، وإن لم يرفع الأصل، رفع بعض أوصافه الشّرعيّة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حلاًّ.

(2) في الوطنية: فإنه.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في غيره.

وأمّا إن لم يكن النّهي راجعاً إلى نفس المنهيّ عنه، ولا إلى معنى متّصل به حتّى يصير كحرمته، فإنّه لا يرفع الفعل من أصله ولا وصفه الشّرعي المختصّ به.
فهذه ثلاثة أقسام:

مثال الأوّل منها، وهو ما يعود إلى عين المنهيّ عنه، بيع سلعة دم[1] أو ميْتة، فإنّ ذلك منهيّ عنه. وهذا النّهي لمّا رجع إلى العين/ أبطل العقد من أصله، ورفعه حتّى لا يصحّ الملك به.

ومثال الثّاني إذا باع بخمر أو خنزير، فإنّ الخمر والخنزير فيهما معنى الماليّة، ولكنّهما لا يتقوّمان في الشّريعة، ولا قيمة على المسلم إذا أتلفهما على مسلم. وكأن كونهما ممّا يتقوّمان وصف زايد على المعنى الذّاتي وهو الماليّة، فإذا بيعت بهما سلعة انتقل بهذا العقد ملك السلعة، وبطل العقد فيهما، وصار كالثّمن المستحقّ، فإنّ استحقاقه لا يمنع من كون السلعة المستحقّ ثمنها انتقل الملك فيها، ولكن منع النّهي وصفاً من أوصاف هذا العقد وهو الصحّة والجواز، ولم يمنع ما يعود إلى ذاته وهو كون حقيقة البيع المعاوضة عن مال بمال.

ومثال الثّالث: بيع وقت الجمعة، فإنّه لا يمنع عندهم انعقاد البيع ولا صحّته، لأنّ النّهي لم يعد/ إلى عين المبيع ولا إلى معنى متّصل به، وإنّما عاد إلى معنى منفصل عن العقد وهو الاشتغال عن صلاة الجمعة، حتّى لو باع في طريقه إلى الجمعة ولم يشغله البيع عنها، فإنّه لا يمنع من ذلك. ولو اشتغل بغير البيع من المباحات لمنع من ذلك. فلم يؤثّر هذا النّهي في صحّة العقد، كما لم يؤثّر النّهي عن الصّلاة في الدّار المغصوبة في إجزائها، لكون النّهي **تعلّق بمنع اشتغال الغير بأن يشتغل كلّ صلاة أو غيرها**[2]. وأيضاً فإنّ أصل البيع الجواز

(1) في المدنية: بدم.
(2) هكذا في النسختين، والمعنى: على منعه إشغال ملك الغير بالصلاة أو غيرها.

لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1]. وما نهي عنه إنّما يتعلّق بحاصل موجود يكون إيجابه باكتساب، وكفّه عن ذلك باكتسابه. فلو كان العقد لا ينقل الملك لما تصوّر الملك، وإذا لم يتصوّر عنه وهو منهيّ عنه، صار النّهي كالمتعلّق بما لا يمكن، وذلك ممّا لا يحسن النّهي عنه، كما لا يحسن أن يقال للأعمى: لا تر كذا، ولا تقرأْ كذا. فإذا أشعر تعلّق النّهي بكون المنهيّ عنه ممكن إيقاعه، ولا يمكن إيقاع البيع الفاسد إلاّ بأن يتصوّر فيه انتقال الملك، وهذا يقتضي كون البيع الفاسد ينقل الملك ما لم يقع بميتة أو دم، لكون ذلك ممّا لا تتصوّر فيه حقيقة الماليّة. والبيع لا يتصوّر فيه حقيقة إلاّ محلّ[2]، والمحلّ لا بدّ أن يكون له حقيقة الماليّة، وعاقد له حقيقة الأهليّة، وهو العاقل المميّز الّذي يكون أهلاً للبيع. بخلاف العقد بخمر أو خنزير، فإنّ له حقيقة الماليّة، ولكن فقد وصفا شرعيّاً وهو كونه ممّا يقوّم. وكان مقتضى هذا التّقسيم والتّركيب أن ينقل الملك بمجرّد العقد، لكن لمّا ضعف العقد بكون الشّرع سلبه وصف الجواز والصحّة، احتاج هذا الضّعيف إلى ما يقوّيه حتّى يحصل انتقال الملك وما ذاك إلاّ القبض. ألا ترى أنّ الهبة لمّا ضعف القول فيها، لم ينقل مجرّده الملك حتّى احتاج إلى ما يقوّي هذا الضعف وهو القبض، ولم يلزم هذا في عقد نكاح وقع على فساد، لأنّ العقد في الأنكحة له حرمة، بخلاف حرمة البيع، قوي من أجلها، فاستغنى عمّا يقوّيه في نقل الملك، وجرى مجرى الوطء في النّكاح الفاسد الّذي ينقل الملك. وأيضاً فإنّ العقد الفاسد يسلبه النّهي وصف الحلّ والجواز، وحقيقة النّكاح أن يكون حلالاً. ومن آكد ما يستدلّ به الكتابة الفاسدة، فإنّها يثبت معها العتق عندهم وعند الشّافعيّة. وأجيبوا عن هذا بأنّ اتّفاقهم عليها إنّما كان لأجل حرمة العتق، ألا ترى أنّ من أعتق جزء عبد عتق عليه ما لا يملكه منه تغليباً لحرمة العتق. بخلاف أن يبيع نصيبه منه. وأيضاً فإنّ الكتابة كأنّها عتق معلّق بصفة، والتّعليق بالصّفة ينفذ فيه العتق سواء كانت

---

(1) سورة البقرة: 275.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في محلٍّ.

الصفة جائزة/ ، كقوله: إن دخلت الدّ فأنت حرّ، أو ممنوعة كقوله: إن قتلت مسلماً فأنت حرّ.

وأمّا الشّافعيّة، فإنّها ترى أنّ النّهي يدلّ على فساد/ المنهيّ عنه وارتفاعه، سواء كان النّهي يعود لعين المنهيّ عنه أو لمعنى متّصل بها. لأنّ ما اتّصل بها وكان لازماً لها فإنّه يكون كالرّافع[1] إلى العين، فلا معنى لهذه التّفرقة. وأيضاً فإنّ القبض من مقتضى العقد، وهو تابع للعقد، فإذا لم يحصل الملك والضّمان بمجرّد العقد الّذي هو الأصل، فأحرى ألاّ يحصل بما يتبعه وهو متفرّع عنه وهو القبض. ويرون أنّ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[2] على حسب ما قدّمنا نحن ذكر اختلافهم فيه. وقد تقرّر في الشّريعة أنّ ما نهى الله عنه ورسوله غير مأذون فيه، وهو مردود. ولا يصحّ الجمع بين كونه منهيّاً عن مباشرته وفعله وبين كونه منعقداً منبرماً ناقلاً للملك، لأنّ هذا يصير كالمتناقض من الأحكام.

وقد يتعلّق في هذه المسألة بحديث **بريدة**[3] وهو كون اشتراط الولاء للبائع لا يجوز. ثمّ مع هذا قال لها عليه السلام: «اشتري واشترطي لهم الولاء فإنّ الولاء لمن أعتق»[3]. فإنفاذ عتقها يدلّ على صحّة ملكها، وكون هذا العقد نقل الملك إليها. وهذا الاستدلال إنّما يصحّ لو قلنا: إنّ عقدها كان فاسداً، وأنّهم اشترطت لهم الولاء حين العقد. وهذا لا يصحّ أن يضاف إليها، وهي قد فعلت ما فعلته بعد مشاورة النبيّ عليه السلام. وقد قيل: معنى: اشترطي لهم الولاء اشترطي عليهم، كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾[4] يعني فعليها. وقيل: إنّ هذا ممّا خصّت به **عائشة** رضي الله عنها، فأجيز لها فعل ذلك ليكون فسخ الشّرط، والزّجر عنه بالفعل والقول والبيان لجميع النّاس آكد في المنع

---

(1) هكذا في النسختين، ولعَل الصواب: كالراجع.
(2) سورة البقرة: 275.
(3) المعلم ج 2 ص 146.
(4) سورة الإسراء: 7.

منه. وقد بسطنا الكلام على هذا الوجه في كتابنا **المعلم**[1].

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: مجرّد العقد الفاسد في البياعات لا ينقل ضمانها. لكن إن أمكن البائع المشتري من القبض، فترك ذلك باختياره، فعندنا فيه قولان: 1 ـ هل ينقل الضّمان إلى المشتري كما ينقل الضّمان إليه في التّمكين في البيع الصحيح. ويعَدّ التّمكين كالقبض لمّا ترك المشتري المبيع باختياره وكأنّه أبقاه بعد قبضه في يد بائعه كالوديعة؟ 2 ـ أو لا ينقل التّمكين ضماناً لكون الشّرع نهى المشتري عن التّمادي على هذا العقد، ونهاه عن قبضه، وأمره بفسخه. فلا يعدّ تمكين البائع منه كقبض المشتري له لمّا فعل المشتري، من اجتناب القبض، ما أمره به الشّرع. بخلاف البيع الصحيح، فإنّ الشّرع لم يمنع فيه من القبض منه ولا نهى عنه وصار التّمكين فيه كالقبض. وأمّا إذا حصل القبض في البيع الفاسد، فإنّ الضّمان ينتقل، ولكنّه عندنا انتقال مقتضية شبهة الملك لا حقيقة الملك، على ما قدّمناه وحكيناه عن بعض/ أصحابنا، وذكرنا نحن ما فيه عندنا وما قاله غيرنا من الأشياخ. وقد قال القاضي **إسماعيل**: إنّ بعض من حدّث يقول: إذا مات العبد المشترى شراء فاسداً في يد مشتريه، فإنّ ضمانه من البائع، لكون هذا القبض عند هذا كقبض الوديعة الّتي يكون ضمانها من مالكها الّذي أودعها. وهذا الّذي ذكره خلاف طريقة فقهاء الأمصار، ولهذا أضافه القاضي **إسماعيل** لبعض من حدّث مشيراً بهذا القول إلى كون هذا القائل شذّ عن الجماعة.

فأمّا الحنفيّة، فإنّها تراه ضامناً بالقبض، لأنّ حقيقة البيع حصلت، ولهذا نقلت الملك وحقيقة البيع نقل الملك بعوض، والأصل في العوض المعادلة، والمعادلة إنّما تكون بالقيمة. لكنّهما إذا تراضيا بتسمية قضي بها إذا كانت جائزة. فإذا أبطلها الشّرع، رجع إلى الأصل وهو كون القيمة عوضاً من/ هذا المقبوض. ولو زادت في المقبوض زوائد متّصلة به لردّت معه عندهم لكونها

---

(1) المعلم ج 2 ص 146 ـ 153.

بيعاً للعين التّي زيدت، وحكم التّابع حكم المتبوع.

وأمّا الشّافعية، فإنّها لمّا صارت إلى أنّ البيع لم ينقل الملك، والمشتري يردّ المبيع، صار في يده كالمغصوب، والغاصب يضمن ما قبضه غصباً، وكون المشتري قبض بإذن البائع لا يخرجه عن أحكام الغصب، لكون البائع إنّما أَذِن له لاعتقاده أنّه يملك بهذا العقد السلعة، ويتمّ لهما ما تعاقدا عليه. فإذا ظهر الأمر بخلاف ما اعتقد، صار كالقابض بغير إذن حتّى قالوا على هذا: لو كانت أمة فاستخدمها لردّ إجارة الخدمة، ولو باعها لنقض بيعه، ولو فاتت في يد مشتريها شراء فاسداً لغرم أغلى قيمتها في الأزمنة التّي كانت في يده كما يغرم الغاصب أغلى القيم.

ونحن نرى أنّه ليس كالغاصب لكون البائع أذن له في القبض والتصرّف، ولا كالمودع لأنّه قبض ما قبضه لمنفعة نفسه فتعلّق به الضّمان. ولكنّا نعدل بين المشتري والبائع، فنرى أنّ تغيّر الأسواق يمنع من ردّ المبيع، ويوجب أخذ القيم على حكم ما سنبيّنه في أحكام القيم. **وسحنون** يجريه مجرى الرّهان إذا كان البيع الفاسد متّفقاً على تحريمه، فيضمن قابض السلعة على عقد فاسد ما يغاب عليه، إلاّ أن تقوم البيّنة بهلاكه، ولا يضمن ما لا يغاب عليه. ويُجري الأمر في ذلك على أحكام ضمان الرّهان لمّا لم يقبض المشتري ذلك لمنفعة دافعه خاصّة حتّى يكون مثل الوديعة بل لمنفعة نفسه، فصار شبه الرّهان. لكن شَرَط أن يكون الفساد والتّحريم واضحاً متّفقاً عليه لأجل أنّ المختلف فيه من ذلك يحسن أن يراعى فيه خلاف من أجازه، فيضمن كضمان البيع الصحيح. لكن يشترط في هذا القبضُ، لأجل تحريم العقد عند من صار إليه وتقاصره بمجرّده عن نقل الملك حتّى ينضاف إليه/ القبض على حسب ما قدّمناه.

فتلخّص من هذا أنّ هذا القبض تتصوّر فيه المذاهب المختلفة في إسنادها إلى ما يسند ذلك إليه، هل يمنع من نقل الملك، وإن اتّصل العقد بالقبض،

فيبقى المقبوض على ملك دافعه كالوديعة على حسب ما ذكرناه من حكاية القاضي **إسماعيل** وإشارته إلى التّنبيه بالوديعة، أو يلحق بالرّهان وإن لم ينقل ذلك القبض الملك لكون القابض هاهنا قبض لمنفعة نفسه، أو يضمن ضمان الغصوب، لأجل ما أشرنا إليه من كونه عند هؤلاء لم ينقل الملك ولا شبهة الملك. وللإذن في التصرّف لهما وقع بشرط أن يكون البيع نافذاً غير مردود، أو يكون قبض المبيعات الّتي صحّ ملكها بالمعاوضة عليها، كما قال **أبو حنيفة**، أو شبهة الملك، كما حكيناه عن بعض أصحابنا، وإسناد ذلك إلى المذهب، وحكينا نحن ما عندنا في ذلك ممّا أسندناه إلى المذهب.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: يحسن هاهنا أن نصدر هذا الفصل بتقاسيم تتعلّق بهذا الكتاب فمن ذلك أنّ عقود المعاوضة أربعة:

1 ـ عقد صحيح منحتم.

2 ـ وعقد صحيح غير منحتم كعقد الخيار.

3 ـ وعقد فاسد منحتم فساده، كبيع الغرر وشبهه.

4 ـ وعقد غير منحتم فساده، كبيوع الشّروط التّي فسد العقد لأجل ما قارنه من الشّرط. فيجب للمشترط الفسخ إن تمسّك المشترط، وإن سمح بإسقاطه انحتم العقد وصحّ، مثل البيع بشرط السلف، وبيع جارية على أن يتّخذها المشتري أمّ ولد، على أحد القولين في وقف الفسخ على التمسّك بالشّرط، والإمضاء على إسقاط الشرط.

والفساد يلحق العقد من ثلاثة أنحاء:

1 ـ من ناحية العقد.

2 ـ أو من ناحية الثّمن.

3 ـ أو منهما جميعاً. /

والمتملّكات التّي يتصوّر فيها العقد الفاسد في البياعات أربعة: 1 ـ عقار 2 ـ وعروض 3 ـ وحيوان 4 ـ ومكيل وموزون.

والمفيت لهذه العقود الفاسدة أربعة: 1 ـ تغيّر الذّوات 2 ـ أو تغيّر الأسواق 3 ـ أو إخراج عن الملك 4 ـ أو تعلّق حقّ آخر بهذا المبيع.

فنبدأ بالكلام على حصول الفوت بمجرّد القبض من غير أن ينضاف إلى ذلك أحد هذه الأربعة أقسام.

فاعلم أنّ المعروف من المذهب أنّ مجرّد القبض لا يكون فوتاً في البياعات الفاسدة. لكن ذكر **ابن مسلمة** أنّ الفسخ بعد القبض استحسان. وهذا إشارة منه إلى أنّ القياس كون مجرّد القبض مانعاً من الفسخ. وهو مقتضى المذهب الّذي حكيناه من كون العقد الفاسد إذا اتّصل به القبض ينقل الأملاك. وإذا تحقّق نقل الملك لم يتصوّر الفسخ. وقد أطلق القول بعض أشياخي على ذلك الخلاف في البيع الفاسد، هل يفوت بالعقد أو/ القبض، تخريجاً منه ذلك من مسئلة من أسلم في ثمر بعينه على الكيل لمّا زهي بشرط أن يأخذه تمراً. فإنّا كنّا قدّمنا في كتاب السلم ذكر الاختلاف، هل يكره ذلك وينهى عن العقد؟ فإنْ وقع العقد، فسخ إذا لم يقبض، أو يمضي بمجرّد العقد ويفوت المبيع بالقبض؟ وهذا التّخريج عندي لا يحسن إطلاقه، لأنّ هذه المسئلة وأمثالها إنّما يحمل النّهي فيها على الكراهة لا على التّحريم المتّضح. والكراهة لا تلحق بالتّحريم ويحسن أن يقال فيها: ينهى عن هذا العقد لكونه مكروهاً. فإن عقد، لم يفسخ لكونه ليس محرّماً. وهكذا قال **ابن القاسم** فيمن باع نخلاً مثمراً على أن يختار منها نخلات، أي لَكُره هذا البيع. فإن وقع أمضيته، لقول **مالك** فيه. فشتّان ما بين مكروه ومحرّم، ومجمع عليه ومختلف فيه. وقد قال **مالك**: ما كراهة النّاس فيه من هذه العقود، فإنّه يفسخه إلاّ أن يفوت فيمضي، فعبّر عن **ذلك** بالكراهة. لكن **ابن مسلمة** لمّا أطلق القول بأنّ الفسخ بعد القبض في البياعات الفاسدة استحسان، صار هذا منه كالمسهّل لهذا التّخريج. وقد قدّمنا نحن من ذكر المذاهب في تأثير العقد الفاسد المتّصل به القبض ما تبنى عليه هذه المسئلة.

وإذا وضح **ما** قلناه في مجرّد العقد المتّصل به القبض، فلنذكر هاهنا ما

ذكرنا من الأقسام المفيتة، ونذكر حكمها في كلّ قسم من الأجناس المبيعة.

فأمّا العقار، فإنّ ذهاب عينه، واندراسَه الّذي يقوم مقام ذهاب العين، فلا خفاء بكون ذلك فوتاً يمنع الرّدّ للمبيع. لأنّ ردّ عين المبيع مع ذهابها يستحيل، وكذلك اندراسها المقارب لذهاب عينها. وأمّا التّغيير لها، فإنّها إن كانت دياراً فإنّ الهدم يفيتها. والأبنية في أرضها تفيتها. والأرضون يفيتها الغرس أو قطعه، وحفر الآبار وشقّ العيون، وما في معنى ذلك. لكون هذه الأحوال يتحوّل معها الغرض المقصود من العقار. والغرض المقصود إذا تبدّل في العين فصارت[1] العين كأنّها غير موجودة. وهذا الّذي قلناه يشير لك إلى توجيه ما قاله **أصبغ** فيمن اشترى أرضاً شراء فاسداً، فغرس فيها غرساً، فإنّه قسّمه على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يغرس جميع ما أحاط بالأرض ويبقي جلّها بياضاً، فإنّ ذلك فوت.

وإن غرس منها ناحية بعينها، ممّا لها مقدار بالنّسبة إلى ما بقي، فإنّ المغروس خاصّة هو الّذي يفوت.

وإن كانت هذه النّاحية لا مقدار لها، لم يفت شيء من الأرض وتردّ إلى بائعها ويقضى عليه بقيمة الغرس. والأشبه أن يقضى عليه بقيمته قائماً لكونه غرس بوجه شبهة. وإن كان **أصبغ** لم يصرّح بهذا، ولكن مقتضى المذهب هذا الّذي قلناه.

فأنت تراه كيف جعل الغرس فوتاً/ للجميع، أو ليس بفوت في الجميع، أو فوتاً في المغروس دون ما لم يغرس. وما ذلك إلاّ لما قلناه من اتّضاح اختلاف/ الأغراض وتباينها أو تقاربها. فاعتبار ذلك ودّاه إلى هذا التّقسيم الّذي قسمه.

وقد اضطرب الأشياخ في مسئلة **المدوّنة** إذا باع جارية بجاريتين بيعاً فاسداً، فإنّه ذكر في **المدوّنة** فسخ العقد وإلزام القيمة مع فوات المبيع. وتنازع

(1) هكذا في النسختين؛ والأوْلى حذف الفاء.

الأشياخ إذا كان الفوت في الجارية الرّفيعة من الجاريتين اللتّين بيعتا بيعاً فاسداً، والجارية الّتي هي الحقيرة من الصفقة لم تفت، هل ينسحب حكم فوت الرّفيعة على المحتقرة حتّى يقدّر أنها كالفائتة لكونها تابعاً لما فات، والتّابع يجري عليه حكم المتبوع، على حسب ما نقوله في أحكام الاستحقاق لإحدى الجاريتين، أو ردّ إحداهما بعيب، أو يفسخ البيع في الّتي لم تفت، وإن كانت محتقرة، لكون الفسخ حقّاً لله سبحانه، وحقّه غير مبنيّ على الأغراض. فلا يعقد في المحتقرة عقد فاسد من غير حصول فوت، بخلاف أحكام البيوع والاستحقاق، فإنّها مبنيّة على حقوق الخلق واعتبار أغراضهم. فإذا استحقّت الرّفيعة من الجارتين وانتقض البيع فيها، كان لمن استحق ذلك من يده ردّ المحتقرة الّتي لم تستحقّ لبطلان غرضه في الصفقة لمّا استحقّ جلّها والمقصود. وقد رأى أصبغ أنّ مرور السنين الكثيرة كالعشرين ونحوها على الدّيار المبيعة بيعاً فاسداً يفيتها، واعتلّ بأنّ ذلك لا يكون حتّى تتغيّر بالبلى. وهذا لا يخالَف فيه. والرّوايات المذكور فيها أنّ مجرّد الطّول لا يكون فوتاً، إنما أطلقت على أنّ طول الزّمان لم يغيّر عينها.

وأمّا حوالة الأسواق في العقار، ففيه اختلاف: هل يفيت البيع الفاسد أم لا؟ فالأشهر لا يفيته. وقال ابن وهب: إنّ ذلك يفيته. وأجرى العقّار مجرى العروض. وإذا كان السبب المانع من الفسخ المعادلة بين المتبايعين في رفع الضّرر عنهما. ومن الضّرر إذا زادت قيمة السلعة في يد المشتري أن يؤخذ من يديه، فيخسر ما اشتراها لأجله من الرّبح. وإذا نقصت قيمتها فرددناها على البائع، أضررنا أيضاً به. فكان من العدل بينهما المساواة في نفي هذا الضّرر عنهما. فجعلتَ اختلاف الأسواق بزيادة أو نقصان يفيت البيع الفاسد، ولا فرق بين العروض والعقار في اعتبار هذا الضّرر. وأشار بعض الأشياخ إلى الاعتذار عن المذهب المشهور من التّفرقة بين العقار والعروض بأنّ الغالب في الدّيار أنّها لا تشترى للتّجارة بل للقنية والسكنى أو الاغتلال. فلم يؤثّر اختلاف الأسواق لمّا لم يكن ذلك مقصوداً عند المتعاقدين فيها. والغالب في العروض شراؤها

للتّجارة. وإذا كان مقصود المتعاقدين زيادة الأسواق فيها وانخفاضها، أثّر ذلك في/ العقد ومنع من الفسخ، وتغيّر الحكم في الفسخ لمّا تغيّر المقصود. وإذا نقض البيع في العقار المبيع بيعاً فاسداً قبل الفوت ولم ينقض بعد الفوت وقد بيّنا وجوه الفوت، فإنّ الزّرع في الأرض لا يفيتها ولا الإثمار في النّخل. فأمّا الزّرع فإنّه من حقّ المشتري للأرض شراء فاسداً أن يبقى زرعه فيها إلى أن يحصده من غير أن يجب عليه كراء، لكونه كمحتلّ بوجه شبهة، وضامناً لما اغتلّه. وقد قال عليه السلام: «**الخراج بالضّمان**»[1]. إلاّ أن يتوجّه الحكم عليه بفسخ البيع، وإبّانُ الزّراعة لم يفت، فإنّه يجب عليه كراء الأرض، لأنّ الأصل إذا حكم بالفسخ، قلع زرعه وردّ الأرض فارغة إلى بائعها على حسب ما أخذها منه، لكن في ذلك إتلاف مال المشتري وإضرار. وقد قدّمنا أنّ حوّالة الأسواق تمنع من ردّ المبيع لنفي الضّرر عن المشتري إن زاد سوق السلعة، وهي في يديه، وعن البائع إن نقص/ سوقها، وهي في يد المشتري، فكذلك يجب مراعاة حقّ المشتري في أن لا يُتلَف زرعه فيجب إبقاؤه لأجل هذا، ولكن في إبقائه أيضاً منع البائع من زراعة أرضه، وإبّانُ زراعته لم يفت، فيجب أيضاً ألاّ يُضَرَّ بالبائع ويُحرَم الانتفاع بأرضه. فكان العدل بينهما إقرار زرع المشتري وإعطاء البائع كراء ما حُرِم الانتفاعَ به. فإذا وقع الفسخ بعد الإبّان، فإنّ البائع لم يحرم انتفاعاً يجب أن يعاوض عنه. وأمّا لو كانت نخلاً أثمرت وقد اشتريت شراء فاسداً، فإنّ الثّمرة تردّ على البائع لمّا وجب ردّ النّخل، إلاّ أن يحصل لها حكم كونها غلّة، فيكون للمشتري لكونه ضامناً، والخراج بالضّمان. واختلف متى يكون هاهنا غلّة، فقيل بطيابها، فإذا طابت كانت للمشتري ولا بدّ مع النّخل، كما لو قبضها المشتري وأكلها، ثمّ وقع الفسخ بعد ذلك. وقيل: بل يكون لها هاهنا حكم الغلّة بالإبّار وتكون للمشتري. وسنبسط الكلام على هذا وأمثاله في الحال الّتي تكون بها الثّمرة غلّة إذا ردّت النّخل بعيب أو استحقّت أو أخذت بشفعة أو بحكم تفليس، وأحكام نفقة المشتري عليها وسقيه لها في

---

(1) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم ـ جامع الترمذي ج2 ص 561 ح 1285

المواضع الّتي تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. فإذا تقرّر حكم الفوت في العقار، فإنّ العروض يفيتها في البيع الفاسد ذهاب عينها، وتغيّرها في ذاتها، أو تغيّر أسواقها. وهذا لمَا قدّمناه من المعادلة بين المتبايعين في نفي الضّرر عنهما. فلو قضينا بردّ العين بعد تغيير[1] ذاتها أو تغيير[1] سوقها لألحقنا بأحدهما ضرراً دون صاحبه، وهما قد استويا في سبب الفسخ دخلا فيه مدخلاً واحداً. بخلاف الرّدّ بالعيب، فإنّ العروض لا يمنع من ردّها تغيّر سوقها لمّا كان العيب من جهة البائع دون المشتري./ وقد يظنّ بالبائع أنّه علم به، فلم يبيّنه أو فرّط في الكشف عنه لمّا باع سلعهُ على أنها سالمة، والمشتري يقدّر أنّ الأمر على ما أظهره البائع له. وكذلك يفيت العروض أيضاً، في البيع الفاسد، نقلُها من بلد إلى بلد، لكون ردّها إلى البلد الّذي بيعت فيه لا يمكن في غالب العادة إلاّ بمشقّة سفرها وأداء إجارة على حملها.

وأمّا الحيوان، فإنّه يفيته حوَالة الأسواق أيضاً، وأمّا نقله من بلد إلى بلد، فإنّ ذلك لا يفيته لكونه لا يفتقر إلى حمل بل يمشي بنفسه. بخلاف العروض الّتي لا تنتقل بنفسها. وإذا انتفت المضرّة في ردّه وكان علة الفوت لحوق المضرّة بأحد المتبايعين وجب في الحيوان أن لا يكون نقله فوتاً. لكن مقتضى هذا التّعليل أن يكون إذا تصوّر فيه الضّرر بركوب غرر في ردّه أو غير ذلك ممّا في معناه أن يلحق بالعروض ويكون نقله فوتاً. واختلف في مجرّد طول زمان مرّ على الحيوان ولم يتغيّر الحيوان في ذاته ولا في سوقه، هل يكون فوتاً؟ فذكر في كتاب العيوب من **المدوّنة** أنّ مرور شهر عليه يكون فوتاً له. وذكر في كتاب السلم أنّ الشّهر والشّهرين لا يكون فوتاً. واعتقد بعض أشايخي أنّ هذا قول على الإطلاق. وليس الأمر كذلك، وإنّما هو اختلاف قول في شهادة بعادة[2]. لأنّه أشار في **المدوّنة** إلى أنّ المقدار الّذي حدّه من الزّمان لا يمضي إلاّ وقد

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تغيُّر.

(2) في نسخة المدنية: بعادلة.

تغيّر الحيوان، فلهذا رآه مفيتاً. فحصل من هذا أنّ الاعتبار بالتّعيين[1] بالذّات أو السوق. والتغيّر قد يكون مدركاً محسوساً، وقد يكون مستدلاً عليه بطول زمان، فيقع الاختلاف في تحديد هذا الزّمن الّذي يستدلّ به على التّغيّر.

وأمّا المكيل والموزون فإنّه إذا لم يتغيّر في ذاته ولا في سوقه، فإنّه يفسخ البيع فيه لعدم ما يفيته. وإن تغيّر في ذاته أو انعدمت ذاته ولم يتغيّر في سوقه، فإنّ الواجب ردّ مثله/ لأنّ مثله يقوم مقام عينه. وقد فرضنا أنّ عينه إذا لم تتغيّر ولا تغيّر سوقه أنّ الفسخ فيه واقع.

فإذا تغيّرت عينه أو انعدمت، وانضاف إلى ذلك تغيّر سوقه، فإنّ في المذهب قولين: أحدهما، وهو المشهور، أنّ تغيّر السوق فيه لا تأثير له، ولا يعدّ فوتاً. وذهب **ابن وهب** وغيره إلى أنّ تغير السوق فيه يعدّ فوتاً مع قيام العين أو انعدامها. وهذا الّذي قاله مقتضى طرد التّعليل الّذي قدّمناه مراراً، من الالتفات إلى المعادلة بين المتبائعين في كون أحدهما لا يختصّ بضرر، إذا وقع الفسخ، دون صاحبه. ومقتضى هذا أن يوجب القيمة إذا وقع الفسخ في المكيل والموزون لأجل تغير سوقه. فإذا قضينا بذلك، انتفى الضّرر عن اختصاصه بأحدهما دون الآخر.

وكأن من ذهب إلى القول المشهور/ يرى أنّ العرض إذا تلف، قضى بقيمته. وإذا تغيّرت سوقه مع وجود عينه، جرى ذلك مجرى تلف عينه فتجب القيمة. فلمّا كان الإتلاف لعين العرض كتغيّر سوقه، وكان إتلاف عين الموزون والمكيل يوجب مثله، وجب أن يكون تغيّر سوقه كإتلاف عينه أيضاً، فيجب فيه المثل إن عدمت عينه، ويردّ بعينه إن بقيت العين موجودة، لكون عينه بالرّدّ أولى من ردّ مثلها. فمقتضى هذا لا تؤثّر حوّالة السوق فيه لما بيّناه. ولا يجب العدول عن أصل الشّرع المقرّر فيه في غرامة مثله إن أتلف إلى غرامة قيمته من غير دليل يلجي إلى الخروج عن هذا الأصل المقرّر فيه.

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: التغيّر.

وأمّا نقله من بلد إلى بلد فيجري مجرى العروض لكونه لا ينقل بنفسه، بل يفتقر إلى كلفة في نقله وإجارة على حمله.

وهذا إذا اشترى المكيل والموزون على الكيل والوزن. وأمّا إن بيع جزافاً، فإنّه لا يصحّ أن يقضي بمثله لكون مقداره مجهولاً، ولا يلحق حكمه بالمكيل والموزون في الفوت، بل يلحق بأحكام فوت العروض لمّا كان الواجب فيه عند انعدام عينه القيمة كما يجب في العروض. لكن وقع اختلاف بين **المدوّنة والموّازيّة** في السيف المحلّى إذا بيع بيعاً فاسداً، هل يمنع من ردّ عين الحلية حوالة السوق فيه أو لا؟ وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصّرف. وقد كان بعض أشياخي يذهب إلى أنّ هذا المكيل المبيع جزافاً إذا أراد بائعه أن يقضى له بأقلّ ما يقدر فيه من المكيلة، أنّ ذلك له، ويصير حينئذ كالمبيع على الوزن أو الكيل، وكذلك إذا أراد المشتري أن يغرم ما يتحقّق أنّ الّذي يغرمه أكثر ممّا أتلف.

وذهب إلى أنّ المذهب على قولين فيما بيع جزافاً، ثمّ علم كيله بعد ذلك، هل يعود الحكم إلى ما علم من حاله بعد عقد البيع فيقضي فيه بالمثل، أو يبقى على حكمه حين عقد البيع على كون المبيع غير متيقّن مقداره. وقد أشار الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** إلى إمكان ارتفاع الخلاف في هذا لما نقل المذهب فيمن باع ثمرة قبل الزهُوّ فجذّها المشتري رُطَباً، أنّ البيع يفسخ ويردّ المكيلة تمراً إن كان جدها بعد أن صارت تمراً. وسنذكر ما أشار إليه إذا تكلّمنا على المسئلة بعد هذا. وأمّا إذا تقرّر[1] أحكام نوعين من المفيتات وهما تغيّر السوق أو الذّات في جميع أجناس المبيعات.

فلنذكر الفوت بالقسم الثّالث وهو خروج المبيع من الملك. فإذا بيع أحد أجناس المبيعات بيعاً فاسداً ثمّ باعه مشتريه بعد قبضه بيعاً صحيحاً، فإنّه لا يخلو: أن يكون فساد البيع واضحاً متّفقاً على فساده لا إشكال في الدّليل الّذي منع منه. فإنّ المذهب على قولين في كون البيع الصحيح الّذي عقده المشتري

(1) هكذا في النسختين ولعل الأولى حذف وأما.

مفيتاً للبيع الفاسد. وقد قدّمنا ذكرهما وأشرنا إلى أنّ **سحنوناً** يرى هذا العقد الفاسد لا ينقل/ الملك ولا شبهة الملك، وأنّ القبض فيه يلحق بقبض الرّهان. والرّهن إذا/ باعه من هو في يديه لم ينفذ بيعه فيه. وذكرنا أنّه المشهور من المذهب، وأنّ عقدة الصحيح مفيتة لشرائه إيّاه شراء فاسداً، لتعلّق حقّ المشتري به، وكون البائع سلم المبيع إليه، وهو قد أذن له في التّصرّف فيه، ومن التصرّف فيه بيعه إيّاه، فلو قرّرنا أنّ الملك لم ينتقل ولا شبهة الملك، لكنّا ننفذ هذا العقد الثّاني لكون البائع أذن فيه وسلّط المشتري على عقده.

وأمّا إن كان العقد الفاسد مختلفاً فيه اختلاف طرق الاجتهاد، فإنّه يمضي بيعه فيه، ويكون ذلك فوتاً للبيع الفاسد إذا كان المشتري لم يبعه بيعاً صحيحاً إلاّ بعد أن قبضه وصار في يديه. فأمّا إن باعه قبل قبضه وهو في يد بائعه لم يمكنه منه، فإنّ الظّاهر كون المذهب على قولين في انعقاد بيعه فيه. وقد تنازع الأشياخ ما مقتضى **المدوّنة** من هذين القولين، فقال بعضهم: مقتضاها كون هذا البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد، لقوله في كتاب العيوب من **المدوّنة** فيمن اشترى سلعة شراء فاسداً ثمّ باعها بيعاً صحيحاً: إنّ عليه قيمتها يوم قبضها وينفذ[1] بيعه الصحيح فيها إن كان قبضها. فرأى هؤلاء أنّه لمّا اشترط في نفوذ بيعه كون بيعه واقعاً بعد أن قبضها، كان دليل هذا الخطاب يقتضي أنّه لا ينفذ بيعه فيها إذا باعها قبل قبضها. ورأى من خالفهم في هذا التّأويل أنّه يمكن أن يكون أراد بهذا الاشتراط صرفه إلى ما قدّمه من قوله: عليه قيمتها يوم قبضها. وقصد أن يبيّن أنّ قوله: عليه قيمتها/ يوم قبضها، أنّ ذلك إنّما يتصوّر إن كان قبضها، وتعلّق هؤلاء أيضاً بقوله: ولو تصدّق بها قبل قبضها، للزمه قيمتها يوم تصدّق بها. فإذا نفذت الصدقة قبل القبض، فأحرى أن ينفذ البيع قبل القبض لكونه آكد من الصدقة. وهذه المبالغة الّتي أشاروا إليها قد لا يسلمها لهم الآخرون، ويقولون: لا يكون البيع أحرى من الصدقة لأنّ البيع إذا نقض رجع المشتري بالثّمن، فلم يلحقه ضرر بالفسخ. والصدقة إذا نقضت بعد أن قبضها

---

(1) في المدنية: وينعقد.

المتصدّق عليه، لم يرجع عليه بشيء ففاته ملك من غير عوض يأخذُهُ عنه. هذا ممّا يمكن عندي أن يدافعهم به الآخرون. وتعلّق أيضاً من ذهب إلى أنّ **المدوّنة** تقتضي كون البيع الواقع قبل القبض لا ينفذ بقوله في كتاب السلم فيمن اكترى داراً كراءاً فاسداً ثمّ أكراها كراءاً صحيحاً: إنّ المكتري كراءاً فاسداً يردّ الغلّة. وإذا وجب عليه ردّها اقتضى ذلك أنّه لم ينفذ عقده الصحيح فيها. وقال الآخرون/ : المراد بردّ الغلّة قيمة الغلّة. والتعلّق بهذه المسئلة فيه نظر عندي، وذلك أنّ المكتري لهذه الدّار كراء فاسداً إذا سلّمت إليه، فقد صار قابضاً لها وكالقابض لمنافعها الّتي أكراهاً، لا سيما وقد أتلف من هذه المنافع من اكتراها منه كراء صحيحاً. فيحصل من هذا أنّ عقد البيع الصحيح إنّما وقع بعد قبض المبيع، وقد قدّمنا أنّ وقوعه بعد قبض المبيع لا يختلف فيه إذا كان الفساد غير مجمع عليه. والمراد ها هنا تطلب حلّ البيع الصحيح قبل القبض. وهذا الّذي اعتذرنا عنه به نحن في هذه المسئلة لا يمنع من تصوّره كونُ ضمان المنافع من الّذي باعها بيعاً فاسداً، وكونُ الضّمان منه يصيِّر القبضَ كالعدم. لأنّ الأمر لو كان كذلك لم يختلف في منع أخذ دار معيّنة عوضاً عن دين مضمون في الذّمّة. وقد قدّمنا نحن اختلاف **ابن القاسم وأشهب** في ذلك، وأنّ القول بإجازة ذلك مبنيّ على أنّ قبض أوّل المنافع كالقبض لجميعها، أو لغير ذلك ممّا أشرنا إليه، مع كون الضّمان لم يختلف أنّه باق على المديان الّذي سلّم منافع هذه الدّار عوضاً عن دين عليه/ . وكذلك أيضاً تعلّق بعض الأشياخ بمسئلة **الموّازيّة**. فيمن اشترى ثمراً قبل الزّهوّ على التّبقية، ثمّ باعه بيعاً صحيحاً. فذكر **ابن الموّاز** عن **مالك** أنّه قال: عليه قيمته يوم بدا صلاحه. وقال **ابن الموّاز**: بل إنّما تكون عليه القيمة يوم أفاته بالبيع الصحيح. وحكي عن **مالك** أيضاً أنّه قال: يردّ مثل المكيلة. وقوله هذا يقتضي أنّ البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد، لأنّه لو أفاته لم تردّ المكيلة الّتي قبضت عن بيع صحيح يجب إنفاذه، وإنّما يكون الواجب عليه قيمة ما اشتراه يوم أفاته بالبيع، كما قال **ابن الموّاز**، أو قيمته يوم بدا صلاحه. ويكون وجه هذا القول أنّ البائع دخل مع المشتري على

أنّه مكّنه من جدّ هذه الثّمرة إذا بدا صلاحها. والتّمكين يعدّ كالقبض على أحد القولين. والبيع الصّحيح بعد حصول القبض ينفذ بغير خلاف على حسب ما قدّمناه. وقد تأوّل أيضاً من خالف أصحاب هذا المذهب هذه الرّواية على المراد بها أنّه يردّ مثل المكيلة يوم باعها وأفاتها بالبيع، وقد علم كيلها يوم أفاتها بالبيع. فلمّا وجب نقض البيع الأوّل الفاسد ردّ مثل المبيع لكون المبيع مكيلاً، كما يردّ قيمة العرض إذا فات، وقد وجب نقض البيع فيه.

وأشار بعض أشياخي إلى تأويل آخر وهو أنّ الضّمان في الثّمرة على بائعها ما دامت محتاجة إلى السقي، على ما سيأتي في كتاب الجوائح، وإذا كان الأمر كذلك، فإنّ الجائحة يطلب بها المشتري الأوّل، الّذي اشترى شراءاً فاسداً، مَن باع الثّمرة منه. فإذا كان لكلّ واحد منهما على من[1] باع منه الطّلب بحكم الجائحة،/ وكان الضّمان من البائع وجب أن يردّ مثل المكيلة تمراً، وهي الحالة الّتي سقط بها الضّمان عن البائع الأوّل وعن البائع الثّاني.

وكأن هذا اعتذار منه عن وجوب ردّها تمراً، وهو لم يفتها بالبيع إلاّ قبل أن تصير تمراً، على مقتضى ظاهر الرّوايات في وجوب ردّ مثل المكيلة تمراً، وإن وقع البيع الصحيح قبل أن يصير تمراً.

وهذا الاعتذار منه يتعلّق بالكلام على مسئلة أخرى، وهي أنّ من باع قبل الزّهوّ فتركه حتّى زهي فجدّه رطباً، فإنّ البيع فاسد، ويجب عليه ردّ قيمة الرّطب إذا فات، وفات إبّانه حتّى لا يوجد مثله ولو كان مكيلاً.

(أمّا عقد البيع على كونه جزافاً وتعذّر وجود ردّ مثل المكيلة تمراً وإن وقع البيع صحيحاً قبل أن يصير تمراً)[2]. وأمّا لو لم يتعذّر وجود مثله، ولكنّه علم كيله بعد العقد، فإنّا قدّمنا ما وقع في ذلك لبعض أشياخي من إضافته إلى المذهب قولين في هذا.

---

(1) (من) ساقطة في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، وهو غير واضح.

وأشار الشّيخ أبو **محمّد ابن أبي زيد** إلى تأويل يرفع الخلاف فيه. واضطرب الأشياخ في من باع تمراً قبل الزّهو على التّبقية، فجدّه مشتريه عقيب العقد، هل تعتبر فيه القيمة إذا وجبت على المشتري على الرّجاء أن تبقى حتّى تصير تمراً، أو يُعَاهُ قبل ذلك، أو يجب فيه القيمة مطلقاً على حالته الّتي جدّ عليها. فذهب بعضهم إلى أنّ القيمة تجب على الرّجاء والخوف قياساً على من تعدّى على زرع قبل زهوه فأتلفه، فإنّ القيمة الواجبة عليه يعتبر فيها رجاء سلامته والتخوّف من عاهته.

وأنكر **أبو القاسم بن الكاتب** هذا القياس، وقال: إنّما وجب على المتعدّي القيمة على الرّجاء والخوف لأجل أنّه لم يؤذن له في حصد هذا الزّرع وإتلافه قبل بلوغه الغرض المقصود منه، وهذا الّذي اشترى تمراً على التّبقيه شراء فاسداً قد أذن له البائع في التصرّف فيه بالجدّ وغيره، فلم يلزمه إلاّ قيمته على الحالة الّتي جدّه عليها، لأنّ الّذي منع منه من رجاء بقاء الثّمرة حتّى تصير تمراً، لم يكن منه إلاّ بإذن البائع، فلا مطالبة عليه بأن حرمه منفعة/ هو أذن له في حرمانه إيّاها.

وأشار بعض الأشياخ إلى اعتبار هذا الشّرط للتّبقية، هل هو حقّ للمشتري خاصّة إن شاء أبقى الثّمرة إلى أن تصير تمراً، وإن شاء لم يبقها، فيكون ما قاله **ابن الكاتب** هو الصّوَاب، لكون المشتري لم يمنع البائع من حقّ له ولا منفعة. أو يكون للبائع في هذا حقّ، لكون الجدّ قبل الطّياب يؤذي شجره ويضرّبه، ومن حقّه أن يمنع ما يضرّبه، فيحسن ما قاله الآخرون من اعتبار القيمة على الرّجاء والخوف.

وهذا التّفصيل يقتضي أن يكون حقّ البائع في المطالبة بما لحقه من الضّرر في شجره، لا قيمة ما حُرِمه من رجاء طِياب الثّمرة، إذ لا حقّ له في ذلك إذا لم يكن له فيه منفعة ولا تلحقه مضرّة.

وكان/ بعض أشياخي يرى أنّ من باع ثمرة قبل الزّهو، فتركها مشتريها

حتّى صارت رطباً فجدّها، أنّ البائع لا يلزمه أخذ عين الرّطب المجدود، ولو كان قائماً، لكون الواجب على المشتري القيمة على الرّجاء والخوف. وإذا أخذه رطباً هضم من حقّه المنفعة الّتي كان يرجوها، وهذا منه ذهاب إلى إحدى الطّريقتين الّتي ذكرناها عن بعض الأشياخ.

فإذا تقرّر أحد الأسباب المفيتة، وهو إخراج المبيع بيعاً فاسداً عن يد مشتريه، فإنّ ذلك يكون بأنواع منها البيع، وقد استقصينا الكلام عليه إذا وقع بعد قبض المبيع أو قبل قبضه. ومنها الهبة والصدقة والعتق، وحكم ذلك حكم البيع الواقع بعد القبض أو قبل القبض. وكذلك ما يؤدّي إلى الخروج عن الملك كالكتابة والتّدبير والاستيلاد والعتق إلى أجل، فإنّ جميع هذه الأمور مفيتات للبيع الفاسد، والحكم فيها كالحكم في البيع إذا وقع قبل قبض المبيع أو بعده، جميع ذلك يجري على أسلوب واحد.

ومن الأسباب المفيتات ما ذكرناه فيما تقدّم من تعلّق حقّ غير البائع والمشتري بهذا المبيع بيعاً فاسداً، وذلك كرهن السلعة المبيعة بيعاً فاسداً أو إجارتها أو إخدامها إن كانت حيواناً، ووقعت الخدمة إلى أجل حتّى تجري مجرى الإجارات في حكم الفوت.

وممّا قد يعدّ قسماً خامساً في المفيتات الوطء للأمة اشتريت شراء فاسداً، فإنّ في **الموّازيّة** أنّ ذلك فوت. وإنّما لم نثبته نحن قسماً لأنّ التّعليل لهذا المذهب يلحق هذا القسم بأحد ما ذكرناه من الأقسام المفيتة، وذلك أنّ الوطء يوجب منع البائع من وطء هذه الأمة الّتي باعها بيعاً فاسداً، ويوجب إيقافها لأجل الاستبراء، وهذا أمر يحول بينه وبين ملكه، ويمنعه من الانتفاع به، فلهذا وجبت القيمة فيه. وجرى ذلك مجرى نقل العروض والطّعام من بلد إلى بلد في كون ذلك فوتاً، لمّا حال بين البائع وبين قبضه، لمّا وجب أن يُرَدَّ عليه. ولكن مقتضى هذا التّعليل أنّ الأمة المبيعة بيعاً فاسداً لو كانت من الوخش اللاّتي لا يردن للوطْء، لم يكن الوطْء فوتاً لكونه لم يمنع البائع إذا ردّت هذه الأمة عليه

من منفعة مقصودة منها. لكنّه يمنع من بيعها لأجل حقّ الله سبحانه في منع بيع أمّهات الأولاد، ولكون أن يكون المشتري الّذي وطئها قد عَلِقت منه، فيصير من حقّه منع البائع من بيعها ووطئها لأجل حقّه في الولد أيضاً. لكن إذا لم يثبت وطْء المشتري ببيّنة ولا إقرار منه، ولكنّه غاب عليها، فإنّ البائع إن صدّقه في ذلك، كان ذلك فوتاً لاتّفاقهما على أنّه لا يسوغ ردّها إلى البائع/ . وإن أكذبه البائع في ذلك لم يتحقّق الفوت، ولكن ينظر في حكم الإيقاف لحقّ الله تعالى في ذلك. ويفترق فيه حكم الجارية المرتفعة من الوخش، على حسب ما سيأتي بيانه في كتاب الاستبراء إن شاء الله تعالى. وكذلك نبيّن أيضاً سبب الاختلاف في الوطء، هل يمنع من الرّدّ بالعيب وكون الغيبة بمجرّدها/ لا تمنع من الرّدّ بالعيب إذا صدق البائع المشتري/ في أنّه لم يطأ، بخلاف الغيبة على أمة أخذت على وجه الغصب، فإنّ الغيبة عليها عيب فيها، والغاصب يضمن بالعيب اليسير، فهذا كلّه يَرِدُ في مواضعه مستقصًى أحكامه، وحكم الغيبة على أمة أراد الأب أن يعتصرها أو محلّلة غاب عليها من حلّلت له.

والجواب عن السؤال الخامس[1] **أن يقال**: قد تقرّر، فيما تقدّم، المبيعات بيعاً فاسداً والأنواع المفيتة لها. فإذا تحقّق الوجه المفيت للبيع، وحكم بموجبه، وقضى القاضي بردّ العين أو القيمة أو المثل، لم يرتفع حكم ما قضاه بارتفاع الأسباب الموجبة للفوت. وإن حصل السبب الموجب للفوت فلم ينظر فيه حتّى ارتفع، فهل يرتفع حكم الفوت بارتفاع سببه أم لا؟ هذا فيه اختلاف في المذهب كثير فروعه.

فذكر في **المدوّنة** فيمن باع سلعة بيعاً فاسداً، فحالت سوقها وهي بيد المشتري، ثمّ عادت السوق إلى ما كانت عليه حين عقد البيع، فإنّ الفوت قد حصل في القيمة قد لزمت[2] وارتفع السبب الموجب لها وهو تغيّر السوق. وأمّا إن كان السبب المفيت لها بيع مشتريها لها بيعاً صحيحاً ثمّ عادت إليه بميراث أو

(1) هذا السؤال ساقط في تعداد الأسئلة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وقد لزمت.

هبة أو اشتراء أوردت عليه بعيب، فإنّه ذكر في **المدوّنة** اختلافاً في هذا، وأنّ **ابن القاسم** يرى أنّ حكم الفوت قد ارتفع لمّا ارتفع حكم البيع الّذي وقع من المشتري. وأن **أشهب** يرى أنّ حكم الفوت لم يرتفع لمّا لم يرتفع، عنده وعند **ابن القاسم**، حكم الفوت بارتفاع تغيّر السوق وكون القيمة لزمت، فلا يرتفع ما لزمه بارتفاع سببه. وقد أكثر المتأخّرون الاعتذار عن **ابن القاسم** في تفرقته بين هذين السببين المفيتين.

فرأى أنّ المفيت إذا كان تغيّر السوق ثمّ ارتفع، فإنّ حكم الفوت لا يرتفع. وإن كان السبب المفيت عقد بيع صحيح، ثمّ ارتفع، فإنّ حكم الفوت يرتفع. فأشار الشّيخ **أبو الحسن ابن القابسي**، رحمه الله، إلى أنّ السوق إذا تغيّرت ثمّ عادت، فإنّ السوق الثّانية ليست هي السوق الأولى بعينها وإنّما هي مثلها، والسلعة الّتي اشتريت شراء فاسداً، فإنّا نقطع قطعاً أنّ المبيع بعينه عاد على ما هو عليه؛ فلم يؤثر/ سبب الفوت لمّا ارتفع ارتفاعاً مقطوعاً به. وكأنّه، رحمه الله، يشير إلى أنّ عدم اليقين والقطع على كون السوق الّتي تغيّرت ارتفع[1] تغيّرها يمنع من ارتفاع حكم الفوت، والقطع على أنّ السلعة المبيعة بعينها، عادت، تقتضي ارتفاع سبب الفوت. وهذا الّذي قاله لا يشفي الغليل. وذلك أنّ البيع هو المفيت لهذا الّذي اشتُرِي شراء فاسداً. ونحن نقطع قطعاً أنّه قد وقع، فلا معنى للتعرّض إلى كون السلعة بعينها عادت لأنّ نفس السلعة وعينها ليس هو السبب المفيت، وإنّما المفيت بيعها، فلا فرق بين سوق تغيّرت ثمّ عادت، أو سلعة بيعت ثمّ عادت، بل ربّما قيل: إنّ التغيّر المفيت قد لا يقطع به ووقوع البيع ممّا يقطع به في الظّاهر المحسوس.

وسلك الشّيخ **أبو عمران**، رحمه الله، قريباً من مسلكه فقال: السلعة الّتي بيعت بيعاً صحيحاً/ وقد اشتريت شراء فاسداً، يجب نقض البيع الفاسد الّذي وقع فيها، ولكن يد المشتري شراء صحيحاً صارت حاجزة بيننا وبين ردّ هذا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ارتفاع.

المبيع، فإذا زال الحاجز، تمكّن من إيقاع الحكم. وتغيّر السوق أوجب منع الرّدّ، وعودُه إلى ما كان عليه أمر ثان غير الأوّل. وهذا أيضاً قريب من مسلك الشّيخ **أبي الحسن**.

وقال غيرهما: إنّما الفرق عند **ابن القاسم** أنّ تغيّر السوق ممّا لا يدخل تحت قدرة العباد، وما لا يكتسب لا يتّهم النّاس فيه، والبيع ممّا يكتسب، فيمكن أن يكون المشتري للسلعة شراء فاسداً أظهرالبيع ليمنع من نقض ما اشترى شراء فاسداً، فلمّا تطرّقت التّهمة إليه في ذلك، وتأكّدت التّهمة بأن عادت السلعة إلى يده، فظنّ به أنّ ذلك البيع/ إنّما كان زوراً فلم يؤثّر وقوعه. والسوق إذا تغيّرت لا يتّهم المشتري ولا البائع على أنّهما تواطآ على تغيّرها قصداً للمنع من نقض فعلها. ألاترى أنّه ذكر في كتاب العتق فيمن حلف بعتق عبده إلاّ فعل فعلاً، ثمّ باع العبد ثمّ اشتراه، فإنّ اليمين يبقى حكمها لمّا اتّهم أن يكون أظهر البيع زوراً ليرفع حكم اليمين.

وهذا الفرق أيضاً والتّمثيل يقدح فيه بأنّه ذكر في **المدوّنة** في هذا الّذي اشترى سلعة شراء فاسداً، ثمّ باعها بيعاً صحيحاً، ثم عادت إليه بشراء أو ميراث أو عطيّة، أنّ حكم الفوت ارتفع، وقد علم أنّه لا يتّهم في الميراث أن يكون قصدا إلى أن يموت حتّى يورث عنه، فلا ينتقض بيعه. كما لم يتّهمه في **المدوّنة** فيمن حلف ألاّ يفعل فعلاً بحرّية عبده ثم باعه ثمّ ورثه، أنّ اليمين ارتفعت لمّا لم يتّهم في الميراث بخلاف البيع هذا أيضاً.

وقد اضطرب المذهب فيمن/ قصد إلى التّفويت لما اشتراه شراء فاسداً لئلاّ يُقضَى بأخذه من يده، فإنّه إذا فعل ذلك قبل أن يقام عليه، فإنّ التّفويت حاصل ولا يمنع منه لكونه قاصداً لذلك. وإن كان فعل ذلك بعد أن قام عليه البائع لينقض بيعه، ففيه اختلاف. هكذا ذكره بعض أشياخي مطلقاً. والّذي في **المستخرجة** أنّ ذلك لا يكون فوتاً إلاّ أن يكون التّفويت بالعتق، فإنّ التّفويت حاصل لأجل حرمة العتق. فهذه الفروق كلّها مطلوبة كما أريناك.

وقد قال بعض الأشياخ: إنّ مقتضى القياس ما قاله **أشهب** لكون العُهَدِ اختلف محلّها باختلاف هذه البياعات. واختلاف العهد، وتبدّل الأملاك أولى أن يكون موجباً للفوت، ولا يقدّر السبب المفيت كالمرتفع. ألا ترى أنّ من باع سلعة بثمن إلى أجل، ثمّ باعها، ثمّ اشتراها وفلس، فإنّ البائع منه الأوّل لا يكون أحقّ بها من الغرماء، وإن كانت عينَ السلعة، لمّا تخلّل ذلك اختلاف العُهَد وتبدّل الأملاك.

وإذا تقرّر هذا، فإنّ بعض الأشياخ مال إلى افتراق حكم الأسباب الّتي رجعت السلعة بها إلى يده، فقال: إذا ردّت عليه بعيب ينبغي ألاّ يمنع ذلك الفوت، لأنّ البيع قد انتقض من أصله حتّى كأنّه ارتفع، لا سيما على أصل **أشهب** الّذي يرى أنّ الرّدّ بالعيب كنقض بيع. وقد جمع في **المدوّنة** هذه الأسباب على حكم واحد، فقال: إن اشتراها أو ورثها أو وهبت أو ردّت عليه بعيب. وهذا الّذي قاله في **المدوّنة** إنّما يحسن إجراؤه مجرى الشّراء على القول بأنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع.

وعلى هذا التّوجيه والأسلوب الّذي ذكرناه تجري بقيّة فروع هذا الباب، مثل أن يشتري عبداً شراء فاسداً ثمّ يدبّره أو يعتقه فيردّ غرماؤه تدبيره وعتقه، فهل يرتفع حكم الفوت بردّ الغرماء بسببه؟ في ذلك قولان. وهكذا يجري الأمر فيه لو سافر به ثمّ عاد، أو مرض ثمّ صحّ، أو طرأ عليه عيب ثمّ زال، أو أجّره، أو رهنه ثمّ افتكّه بالقرب، فإنّ هذا كلّه يجري على القولين. هذا إذا سافر به سفراً يكون مفيتاً. وقد تكلّمنا على حكم نقل العبيد من بلد إلى بلد. وقد ذكر في **المدوّنة**في هذا الكتاب أنّ من باع ثمرة قبل الزّهو فجدّها مشتريها قبل الزّهو، أنّ البيع جائز إذا لم يشترط التّبقية.

وقد ذكرنا نحن فيما تقدّم كلامُنا عليه في كتاب السلم أحكام بيع الثّمرة قبل الزّهو بشرط التّبقية أو بشرط الجذاذ إذا وقع العقد عارياً من هذين الشّرطين.

وقد تعلّق بعض الأشياخ بهذا اللّفظ الّذي ذكرناه عن **المدوّنة** فقال: إنّه يقتضي جواز البيع إذا وقع/ العقد عارياً من شرط التّبقية، لأنّه أجاب بجواز البيع قبل الزّهو، وعلّق المنع بشرط التّبقية، والساكت عن الشّرطين لم يشترط التّبقية. وتأوّل الشّيخ **أبو محمّد ابن أبي زيد** وغيره هذا اللّفظ على أنّ المراد أنّهما تفاهما بشرط الجدّ وعلى ذلك عقداً.

ويؤكّد هذا/ التأويل عندهم[1] قوله: إذا اشترى تمراً قبل الزّهو فجدّه قبل الزّهو، وكأن ما فعله من الجدّ قبل الزّهو إشارة إلى أنّهما عقدا على هذا الفعل الّذي وقع من المشتري.

والتّحقيق في هذا أنّ مقتضى العقد يقتضي المناجزة في الثّمن والمثمون، والتّأخير في أحدهما لا يكون إلاّ بالتّراضي، والتّراضي يكون مشترطاً نصاً أو متفاهماً من جهة العادة أو غيرها، فإن ثبت النّصّ على التّبقية أو استُدِلّ عليه بعادة أو قرينة حال، فسد البيع. والبغداديّون من أصحابنا يرون فساد البيع قبل الزّهو[2] إلاّ أن يشترط القطع. ويتعلّقون **بنهيه عليه السلام عن بيع الثّمرة قبل الزّهو**، ولم يفصل وهو على عمومه إلاّ ما استثناه الدّليل. وقد وسعنا الكلام على هذا فيما تقدّم، وإنّما ذكرنا ها هنا منه ما تعلّق بلفظ **المدوّنة**.

قال القاضي أبو محمّد عبد الوهاب رحمه الله، في فصل قدّمنا ذكره افتتح به البيوع:

وفساد البيع يكون بوجوه منها ما يرجع إلى المبيع ومنها ما يرجع إلى الثّمن ومنها ما يرجع إلى المتعاقدين ومنها ما يرجع إلى صفة العقد ومنها ما يرجع إلى الحالة الّتي وقع فيها العقد. الفصلَ إلى آخره على ما قدّمنا ذكره عنه وشرحنا كثيراً منه.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل سؤالان:

---

(1) في النسخة المدنية: عنهم.

(2) فيض القدير ج6 ص 331 ح 9475

1 ـ أحدهما أن يقال ما أقسام ما يرجع إليه فساد البيع؟

2 ـ وما حكم كلّ واحد من هذه الأقسام؟

فالجواب عن السؤال الأوّل: أمّا ما يرجع إليه فساد البيع، فإنّه لا يخلو من أربعة أقسام:

1 ـ أحدها أن يرجع إلى العقد.

2 ـ والثّاني أن يرجع إلى الثّمن.

3 ـ والثّالث أن يرجع إليهما.

4 ـ والرّابع أن يرجع إلى شرط قارن العقد.

فالجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: قد تكلّمنا على حكم الشّروط الفاسدة المقارنة للعقد في كتاب بيوع الآجال. وذكرنا الاختلاف في البيع الّذي قارنه شرط السلف، هل يقف فساد البيع على التمسّك بالشّرط أم لا؟ وقد ذكر القاضي **أبو محمّد** في **شرح الرّسالة** أحد قولين عندنا في وصف فساد البيع على التمسّك بالشّرط، وصحّته على إسقاط الشّرط، كالبيع بشرط السلف أو بشرط أن يتّخذ الأمة المبيعة أمّ ولد أو لا يخرجها من البلد./ فقال: إنّ هذه الشّروط المقارنة للبيع يصح العقد إذا أسقط الشّرط. واستثنى مسئلة واحدة وهي إذا اشترى سلعة واشترط خيار أمد طويل لا يجوز اشتراطه. فذكر القاضي **أبو محمّد** أنّ إسقاط هذا الشّرط لا يصحّح البيع بخلاف غيره من الشّروط. وأشار إلى أنّ إسقاطه صورته كصورة التمسّك به. لأنّ مشترط هذا الأمر إنّما اشترط أن يكون له الخيار طول هذا الأمد، بين أن يتمسّك بالسلعة أو يردّها، فإذا قال: أسقطت الشّرط، فمعناه أنّي تمسّكت بها. وقد كان له التمسّك بحكم مقتضى الخيار لو كان صحيحاً، وصورة تمسّكه بها بحكم كصورة تمسّكه بها إذا أسقط الشّرط ليصحّ له التمسّك بها. وهذا الّذي قاله، وإن كان رمى مرمى خفيّاً، فإنّه عندي قد يختلف، تخريجاً من مسئلة من أسلم في ثمر سلماً فاسداً، فلمّا فسخ عليه وقضي برأس المال أراد أن يأخذ منه تمراً مثل الّذي منع منه بفسخ العقد، فقد قيل: إنّ ذلك لا يجوز لأنّه يتّهمه للفساد الّذي منع المتعاقدان منه وكأن

الفسخ لم يفد. وقيل: يجوز له ذلك.

وينبغي أن ينظر في إسقاط هذا الشّرط إذا مضى من أمد الخيار ما لا يجوز أن يشترط، هل لا يؤثّر إسقاطه لكون الفساد قد حصل بطول الأمد، كأحد القولين في إسقاط السلف المقارن للبيع بعد أن قبض؟ هذا ينظر فيه على الطّريقة الثّانية الّتي أشرنا إلى تخريجها من مسئلة السلم الفاسد. وأمّا على طريقة القاضي **أبي محمّد عبد الوهاب**/ فلا فرق، على مقتضى تعليله بين إسقاط الشّرط وقد مضى من الأمد قليل أو كثير. ولعلّنا أن نعيد الكلام على المسئلة في كتاب بيع الخيار.

وذكر القاضي أبو محمّد في فصل بعد هذا آخر ذكر فيه فروع ما يرجع إلى الحال الّتي وقع فيها العقد. قال:

منه البيع يوم الجمعة بعد النّداء ممّن تلزمه الجمعة أو أحدهما، فيفسخ إن وقع.

فاعلم أنّ الله سبحانه قال في كتابه ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾[1]. فإنّ هذا البيعُ المنهيّ عنه. فاختلف المذهب، هل يفسخ أم لا؟ ثلاثة أقوال: فالمشهور وهو المذكور في **المدوّنة** أنّه يفسخ. وفي **المجموعة** أنّه لا يفسخ. وفي **ثمانية أبي زيد** أنّ **عبد الملك بن الماجشون** فسخه في حقّ من اعتاد ذلك، وتكرّر منه، ولم يفسخه في حقّ من لم يتكرّر ذلك منه.

وسبب الاختلاف في فسخه أنّ هذا بيع نهى الله تعالى عنه. فإن قلنا: إنّ النّهي لا يدلّ على فساد المنهيّ عنه، لم يجب الفسخ على ظاهر ما في **المجموعة** وبه قال **أبو حنيفة والشّافعي**. وكذلك إن قلنا: إنّ النّهي يدلّ على الفساد إذا تعلّق بالذّات/ المنهيّ عنها أو بخاصّيّة من خواصّها/ اللاّزمة لها، وأمّا إن تعلّق بأمر خارج عن هذين، فإنّه لا يجب الفسخ. فإنّ مقتضى هذا المذهب لا يفسخ البيع المعقود بعد النّداء لصلاة الجمعة، لكون هذا النّهي نهياً

---

(1) سورة الجمعة: 9.

عن مباشرة الفعل لا يعود إلى نفس المبيع أو خاصيّة من خواصّه وصفة لازمة له. وإن قلنا: إنّ النّهي يدلّ على الفساد، قولاً مطلقاً، اقتضى هذا فسخ العقد. وقد بيّنّا هذا أيضاً على اعتبار هذا النّهي، هل هو لحقّ الله سبحانه، لئلا يشتغل عن الصّلاة المفروضة فيفسخ البيع. أو هو لحقّ الخلق، لئلّا ينفرد من لم يحضر الصّلاة بالأرباح دون عامّة النّاس، كما نَهى عن تلقّي الرّكبان مصلحة لعامّة النّاس، فلا يفسخ هذا البيع، كما لا يفسخ بيع المصرّاة لمّا كان النّهي عن التّصرية راجعاً لحق الخلق.

وأمّا ما وقع في الثّمانية، فهو راجع إلى أنّ الفسخ لا يلزم، ولكنّه عاقب من تكرّر هذا منه بفسخ عقوده.

وإذا قلنا بالفسخ، فمذهب **سحنون** وابن **عبدوس** أنّه يمضي بالثّمن إذا فات المبيع. ومذهب **أشهب وابن القاسم** أنّه يقدِّم فيه القيمةَ إذا فات المبيع. واختلفا في الوقت الّذي تعتبر فيه القيمة. فقال **ابن القاسم**: حين القبض، قياساً على سائر العقود الفاسدة. وقال **أشهب**: بل بعد فراغ الصّلاة وذهاب الزّمن الّذي يحرم فيه العقد. وكأنّه رأى أنّ التّقويم كضرب من المعاوضة، والمعاوضات حينئذٍ نهي عنها. واختار **ابن حبيب** مذهب **أشهب**، واحتجّ أنّه لا يختلف في بيع ثمرة بيعت قبل الزّهوّ أنّ التّقويم إنّما يكون بعد أن حلّ بيعها. وهذا الّذي قاله لا يُسَلَّمُ. بل لوْ جدّ الثّمرة قبل الزّهو، لقوّمت حينئذٍ، وإن كانت حينئذٍ لا يحلّ بيعها على التّبقية.

وإذا وضح ما قلناه في بيع الجمعة وعلّة المنع، فإنّه يتصوّر فيه صورة أخرى مشاركة لبيع الجمعة. وذلك فيمن أخّر صلاة العصر حتّى بقي بينه وبين الغروب ما إن اشتغل بالبيع، فاتته الصلاة، وكان إيقاعها بعد ذلك قضاء لا أداء، فإنّه محرّم عليه الاشتغال بالبيع عن صلاة استحقّت هذا الوقت. وقد اختلف فيمن فعل هذا، فقال **إسماعيل القاضي** يفسخ بيعه. وهو اختيار الشّيخ **أبي عمران** لوجود العلّة المذكورة في صلاة الجمعة في هذه المسئلة. وقال **ابن سحنون**: لا يفسخ.

ويمكن أن يقال: لا يفسخ في هذه، ويفسخ في الجمعة، لكون الجماعة شرطاً في إقامة الجمعة، فمن المصلحة منع كلّ ما يؤدّي إلى افتراق جمعهم والإخلال بشرط لا تصحّ الجمعة إلاّ به، مع كون/ البيع/ يوم الجمعة قد يتكرّر. والّذي يخشى أن تفوته صلاة العصر إن اشتغل، لم يشترط عليه إيقاعها في جماعة فيفتقر إلى حماية الذّريعة في أن لا يخلّ بالجماعة. وقد كان شيخنا رحمه الله يقول: كثير من العوام يؤخّرون صلاة العصر اشتغالاً بما يبيعونه في الأسواق ويبتاعونه. وهذا يقتضي منع معاملتهم حينئذٍ ومنع أكل ما يشترى منهم إذا قيل بالفسخ.

وأمّا ما يرجع فساده إلى الثّمن، فإنّه يفسخ إن كانت السلعة قائمة. وإن فاتت، فإن كان الفساد مجمعاً عليه، أغرمت القيمة، وإن كان مختلفاً فيه، فإنّ الواجب أيضاً القيمة. وروي عن **مالك** أنّه يمضي بالثّمن وهذا مراعاة للخلاف. وقد كنّا ذكرنا نحن فيما تقدّم مذهب **ابن مسلمة** وأنّه يرى أنّ الفسخ بعد القبض استحسان، وإذا كان استحساناً مضى بالثّمن . وبيع الجمعة، وإن رجع الفساد إلى العقد، فإنّه يفوت بحوالة الأسواق. وبيع المدبر، وإن رجع إلى العقد، فإنّه لا يفوت بحوالة الأسواق بل بالعتق أو الموت، وهذا لحُرمة عقد الحرّيّة الّتي حصلت فيه. وهكذا رأى **ابن عبدوس** أنّ بيع التّفرقة بين الأمّ وولدها لا يفوت بحوّالة السوق.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله:

وبيع المباطيخ[1] جائز ببدوّ صلاح أوّله وإن لم يظهر ما بعده. وكذلك الأصول المغيّبة في الأرض كالبصل والجزر والفجل. وكذلك الورد والياسمين إذا انتُفِع به. ويكون للمشتري لآخر[2] إبّانه. وكذلك الموز إذا ضرب فيه أجل. ولا يجوز اشتراء الكتّان إذا استثنى البائع حبّه، ولا القرط واستثنى برسيمه

(1) في غ والغاني: وبيع المقاثي والمباطخ.
(2) في غ والغاني: إلى آخر.

إلى حال يبسه. ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها. ويجوز بيع السنبل على جهته. ويجوز بيع الجوز والباقلا، في قشره الأعلى.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما شرط جواز ما يباع ممّا له خِلفة؟

2 ـ وما حكم شراء الخلفة؟

3 ـ وما حكم شراء هذه الأصول؟

4 ـ وما يتفرّع منها إذا صارت إلى حال لا يجوز اشتراطها في أصل العقد؟

5 ـ وما حكم شراء الثّمرة المحجوبة؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: أمّا بيع الفواكه والقصيل والبقول وغير ذلك ممّا في معناه، فمن شرطه أن يباع بعد أن يظهر، ويبلغ إلى حالة ينتفع به حين أخذه، من أكل أو رعي أو ما في معنى ذلك، لأنّه إذا بيع قبل ذلك، كان المبيع غير مرئيّ ولا موصوف، وما لم يشاهد ولا يوصف فهو مجهول. واشترطنا أن يكون بلغ إلى حدّ الانتفاع به لكون المعاوضة إنّما تصحّ على ما ينتفع به، كما قدّمناه في صدر هذا الكتاب، وما لا ينتفع به/ المعاوضة/ به من أكل المال بالباطل، وقد نهى الله عنه، ومن إضاعة المال، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه. فإذا تقرّر هذا فاعلم أنّ الغرر ورد الشّرع بالنّهي عنه كما ورد بالعفو عن يسيره. قال **ابن الجهم** من أصحابنا: الغرر اليسير يجوز بإجماع، ولهذا لو قال له: بعني قطن جبّتك، وهو مغيب لم يجز. ولو قال له: بعني جبّتك بقطنها، لجاز. وكذلك لو قال له: بعني جنين أمتك، لم يجز. ولو قال له: بعني أمتك الحامل بجنينها، لجاز. وقال **أبو الفرج** من أصحابنا: الغرر الكثير الّذي لا مرفق في إباحته، ولا حاجة إلى التّرخيص فيه ممنوع، بدليل منع بيع الثّمرة قبل الزّهو على التّبقية. وإذا أزهى بعض الثّمر، بيع جميعه بزهو بعض، لكون هذا وإن كان غرراً، لأنّ ما لم يزه من هذا الّذي قد أزهى بعضه كالثّمرة إذا لم تزه كلّها، ولكن لمّا كان في إباحة بيع الثّمر بزهو بعضه مرفق

وحاجة إلى التّرخيص فيه، سومح بهذا الغرر./ وكذلك يمنع بيع الساج المدرج في جرابه. ويجوز بيع ما في العدل المشدود على متاع على الصفة، لما في ذلك من المرفق/ والحاجة إليه، هذا معنى ما أشار إليه. وقد بسطناه نحن فيما تقدّم. وذكرنا أنّ الشّرب من الساقي جائز، وإن اختلف مقدار شرب النّاس. وكذلك دخول الحمّام، وإن اختلف مدّة مقام الدّاخل فيه، ومقدار ما يغتسل به من الماء. وكلّ هذا بياعات فيها غرر، ولكنّه غير مقصود، وفي حكم اليسير فعفيَ عنه.

والجواب عن السّؤال الثّاني أن يقال: إذا اشترى قصيلاً على الوجه الجائز وأراد أن يدخل في العقد ما ينبت منه بعد جزّه، أو اشترى قثّاء أو بطّيخاً وأراد أن يدخل في العقد ما يخلف بعد ما جناه منه، فإنّ المعروف من مذهبنا جواز ذلك إذا كانت الخلفة مأمونة. ومنع من ذلك **أبو حنيفة والشّافعي**. فحاول بعض الأشياخ أن يضيف إلى المذهب قولاً بالمنع مثل ما قال **أبو حنيفة والشّافعي**. فقال: قد ذكر في **الموّازيّة** أنّه لا يجوز مساقاة قصب السكّر واشتراط دخول خلفته في المساقاة، كما لا يجوز مساقاة الخلفة ولا بيعها. وحمل هذا على المنع من جواز بيعها على الإطلاق، عقد عليها وعلى الأصول الّتي تفرّعت الخلفة عنها عقداً واحداً، أو عقد على الخلفة على انفرادها. وهذا الّذي نقلناه من اختلاف الأئمّة جار في كلّ ما جرى مجرى القصيل في البطّيخ والقثّاء كالورد والياسمين وشبه ذلك.

واعلم أنّ مدار هذا الخلاف على ما قدّمناه من ورود الشّرع بالمنع من بيع الغرر والتّرخيص في الغرر/ اليسير أو الكثير الّذي تدعو الضّرورة إليه، فاعتقد **أبو حنيفة والشّافعي** أنّ اشتراء الخلفة منفردة لا يجوز لكون ذلك غرراً لا إشكال فيه، وعقْداً على ما لم يشاهد ولا وصف وهو مجهول. واعتقد **مالك** وأصحابه أنّ هذا غير مقصود إلى التّخاطر فيه، بل في إجازته مصلحة، وإلى هذا أشار القاضي. وقد أشار القاضي **أبو محمّد** في غير كتابه هذا، فقال: إن منعنا من اشتراط الخلفة في عقد البيع أدّى ذلك إلى اختلاط المبيع مع **ما** لم يبع وهو

الخلفة، ويعسر التّمييز، فلا يمكن تسليم المبيع متميّزاً، وإن منعنا من بيع الأصل حتّى يتكامل ما يتفرّع منه، أدّى ذلك إلى فساد الأصل وبطلان الانتفاع به، فدعت هذه الضّرورة إلى التّرخيص في هذا الغرر.

وقد أشار في **المدوّنة** إلى اشتراط كون الخلفة مأمونة الغالب كونها ستوجد على وجه يرتفع معه الغرر.

واعلم أنّ العقد على هذا الّذي لم يخلق يتنوّع:

فتارة يعقد عليه بانفراده فيمنع، كشراء الخِلفة بانفرادها من غير أن يتقدّم تعاقد على أصولها.

وتارة يتقدّم العقد على أصولها، وهذا على قسمين:

إن وقع الشّراء للخلفة بانفرادها بعد أن جنيت الأصول، فإنّ ذلك لا يجوز.

وإن وقع العقد عليها بانفرادها، بعد أن تقدّم العقد على أصولها ولم يجد ما اشتراه من أصولها، فإنّ المذهب على قولين: يمنع ذلك، لكون العقد عليها منفرداً، والعقد المنفرد عليها خاصة ممنوع لأجل ما فيه من الغرر/ . أو يجوز ذلك، لكون العقد الثّاني ملحق بأصله الذي تفرّع منه، فجرى حكمه، وإن كان متأخّراً، مجرى حكم العقد الواحد على هذه الثّمرة، أصولِها وما يُجنَى منها بعد جناها.

وهذا كالاختلاف أيضاً في شراء مال العبد بعد أن وقع العقد على العبد دون ماله. وكاشتراء النّخل المثمرة دون ثمرها، ثمّ اشترى الثّمر الّذي لم يُزْهَ بعد ذلك[1]. فمن جعل لكلّ عقد حكم نفسه، منع هذا الثّاني، ومن جعل العقدين ها هنا كالعقد الواحد أمضى ذلك. وقد تتجاذب الفئتان[2] المختلفتان[2] في جواز اشتراط الخِلفة في العقد على أصولها، مسئلةُ اشتراط

(1) (ذلك) ساقطة في الوطنية.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الفئتين المختلفتين.

النّخل، فقال أصحابنا: لمّا جاز بيع الثّمرة التّي لم تطب بطياب بعضها، وكان ما لم يطب منها تبعاً لما طاب، فكذلك يجوز اشتراط الخلفة في العقد على أصولها لكونها تبعاً لها أيضاً. وقال الآخرون/ : قد علم أنّه لا يجوز لمن اشترى ثمرة نخل هذا العام أن يشترط ثمرة العام الآخر، ولا يصحّ أن يجعل ثمرة العام الثّاني كالبيع لثمرة العام الّذي اشتراه. وكذلك لا يجعل الخلفة الّتي توجد في ثاني حالٍ بيعاً لأصولها الموجودة في حين العقد/ .

وينفصل أصحابنا عن هذا بأنّ ثمرة العام الثّاني لم يتّصل وجودها بوجود ثمرة العام الأوّل، بل تخلّل بينها عام فصل بين الوجودين، فكلّ وجود له حكم نفسه، ولا يصحّ أن يجعل تبعاً لغيره. بخلاف الخلفة الّتي يتّصل وجودها بوجود أصولها من غير فصل، فصار الاتّصال ها هنا معتبراً دافعاً للغرر ومقتضياً للجواز، كما أجزنا إجارة الضّئر وإن كان لبنها الّذي ترضعه بعد عقد الإجارة غير موجود حين العقد، لكن تتابُعُ الوجود يصيّر الثّاني حاصلاً كالأوّل في الحكم. فكذلك منافع الدّيار يجوز العقد عليها وإن كان ما يحدث من المنافع بعد العقد غير موجود حين العقد ولم يخلق بعد. وقد مرّ **أبو حنيفة** على منع بيع ما لم يخلق حتّى منع من بيع ثمرة بعد الزّهوّ بشرط التّبقية إلى أن يصير ثمراً، لكون ما يخلق من الألوان والطّعوم في الثّمرة بعد زهوّها لم يخلق بعد، وشراء ما لم يخلق لا يجوز. وأجازه **الشّافعي ومالك**. فأمّا **الشّافعي** فإنّه يرى أنّ هذا التّغير تغيّر أعراض لا تغيّر زيادة أجسام إلى أجسام، فلهذا أجازه، بخلاف اشتراط الخلفة الّتي هي عنده أجسام لم تخلق. ولهذا أشار **مالك** أيضاً لمّا منع من شراء القصيل بشرط أن يقيم أيّاماً ليعظم، وشراء صوف على ظهور الغنم بشرط أن يقيم أيّاماً ليطول، فقال: هذا يمنع، بخلاف اشتراط تبقية الثّمرة لتصير تمراً، لأنّ الثّمرة إنّما تحدث فيها زيادة نضج وحلاوة، فأشار أيضاً إلى أن تبدّل الأعراض بخلاف زيادة الأجسام. وهكذا مرّ أيضاً **أبو حنيفة** على هذا الأسلوب، فمنع من شراء طعام أو غيره في الذّمّة، إلاّ بشرط أن يكون المسلم فيه موجوداً في الطّرفين، حين العقد وحين القبض. فأمّا اشتراطه وجوده حين القبض فلا

يخالف فيه. وأمّا اشتراطه وجوده/ حين عقد السلم، فنحن **والشّافعي** نخالفه فيه، على ما بيّناه في كتاب السلم من سبب الاختلاف بيننا وبينه في هذا. وهذا بيان حكم شراء ما لم يخلق وهو في الذّمّة أو مسند إلى معيّن.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: قد تقدّم فيما سلف ذكر المنع من شراء ثمرة قبل الزّهوّ بشرط التّبقية، وذكرنا ها هنا في هذا السؤال الّذي فرغنا من جوابه الآن أنّ **مالكاً** إنّما يجيز بيع القصيل بشرط تأخيره إذا كان التّأخير المقصود به حضور الحاجة إليه. ويَمنع منه إذا كان القصد به أن تزيد أجرامه وتظهر أجسامه، لأنّ ذلك شراء المجهول لم يخلق بعد. وإذا منع ذلك إذا كان القصد بشرط التّأخير إلى أن يتحبّب/ ، لأنّ هذا يمنع منه للحديث الوارد: «**بالمنع من بيع الثّمر حتّى يزهى وبيع الزّرع حتّى يبيضّ**»[1] الحديث كما تقدّم ذكره. فإن لم يشترط مشتريه تأخيره حتّى يصير حبّاً، ولكنه تحبّب قبل أن يجذّه فالبيع فاسد، كما يفسد إذا اشترى ثمرة قبل الزّهوّ على القطع، فيتركها حتّى أزهت. ويكون الحكم ها هنا في تركها من غير شرط كحكمها إذا تركت بشرط في أصل العقد. فإن اشترى الرّأس كلّه واشترط خليفته فتحبّب الرأس كلّه، فإنّ البيع يبطل في جميع الصفقة كلّها في الرّأس وفي الخلفة، لأنّ الخلفة إنّما جازت لكونها تبعاً، فإذا بطل البيع في المتبوع، بطل في التّابع. وهذا إذا تحبّب الرّأس بتعمّد منهما وتراخ يتّهمان معه على أنّهما أضمرا اشتراط ذلك حين العقد. وأمّا إن كان ذلك بتواني المشتري وامتناعه من جزّ القصيل، فإنّه يجري على القولين في الغلبة في الصّرف. وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصّرف وذكرنا ما قيل في/ ذلك في هذه المسئلة أيضاً هناك.

وإذا تحبّب بعض الرّأس، وكان العقد على الرّأس خاصّة دون الخلفة، فإنّه يبطل البيع فيما تحبّب منه خاصّة، وفيما قابل ذلك من الخلفة المشترطة،

---

(1) رواه مسلم، انظر إكمال الإكمال ج 4 ص 202. وكذلك رواه أبو داود والترمذي والنسائي.

كما يبطل البيع إذا تحبّب كلّه فيه وفي خلفته. وزعم بعض أنّ ظاهر الرّواية عن **ابن القاسم** يقتضي أنّه لا بدّ من اعتبار التّقويم إذا اشترط في شراء الرّأس الخلفة. وإنّما سقط التّقويم إذا اشترى الرّأس خاصّة فتحبّب بعضه فإن ما تحبّب إنّما تسقط حصّته من الثّمن بالنّسبة، أو مذارعة أو فدادين لا بالتّقويم، إذا لم يختلف نباته.

وأمّا إذا تحببت الخلفة دون الرّأس، فلا بدّ من التّقويم. فذكر **سحنون** أنّ التّقويم للرّأس يكون يوم عقد البيع، وكذلك التّقويم للخلفة، ومراده أنّ الخلفة تقوّم وقت العقد على أسواقها أوقات جناها لكون سوق الثّمرة يختلف فلا بدّ من اعتبار ذلك.

ولو تحبّب بعض الرأس ولكنّه لا يتميز عمّا لم يتحبّب، لانتقض البيع كلّه، لعدم التّمييز بين ما تحبّب بعضه والّذي لم يتحبّب بعضه. وقد ذكر في **المدوّنة** في صفة التّقويم مثالاً، مثل أن يكون الّذي تحبّب ثلث القصيل أو ثلثيه أو ثلاثة أرباعه، فإنّه يرجع من الثّمن بقدر ذلك. وقال بعض المتأخّرين: هذه إشارة منه إلى أنّه لا يمكّن من ردّ ما لم يتحبّب، وإن كان يسيراً بخلاف من اشترى ثياباً فاستحقّ أكثرها، فإنّه يردّ الأقلّ لبطلان جلّ الصفقة. وكذلك إذا ردّ/ ذلك بعيب. وهكذا في الثّمار إذا طرأت عليها جوائح أكثر/ من الثّلث حتّى يكون للمشتري مقال في الجائحة. فإنّ المشتري لا ردّ له، وإن أجيح أكثر الثّمرة، لأنّ هذه الجائحة طرأت بعد صحّة العقد، لكون المعقود عليه كلّه قد ملكه ملكاً صحيحاً، لم يكن من جهة البائع تدليس عليه ولا تفريط، فلم يكن للمشتري مقال في بطلان أكثر صفقته بأمر لا صنعَ للبائع فيه، ولا تهمة تتطرّق إليه، بخلاف ما استحقّ من يده أو رده بعيب. وكذلك ما تحبّب يرجع بمقداره من الثّمن، لكونه إذا ردّ الثّمن لا يأخذ عنه عوضاً، ولغير ذلك لما يذكر في كتاب الجوائح إن شاء الله.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: قد تلخّص مما ذكرناه أنّ اشتراط ما

لم يخلق في العقد على ما خلق يتنوّع إلى ثلاثة أنواع:

فمنه ما يتتابع وجوده، ويتميّز منه كلّ بطن على الذي قبله[1]، كشراء ثمرة هذا النّخل هذا العام بعد أن أزهي الثّمر، ويشترط في العقد شراء ثمرة العام الثّاني، وهذا لا يجوز من غير خلاف.

ومنه ما يتتابع في الوجود ولكنّه يتميّز بعضه عن بعض، مثل القصيل والقرط والقصب يشتري منه ما شوهد على صفة يجوز العقد عليها، ويشترط دخول ما لم يخلق في العقد، فهل يجوز فيه اشتراط الخلف عدداً محدوداً من البطون، وشراؤها إلى أن يفنى؟ ظاهر المذهب فيه على قولين: المعروف منهما جواز ذلك لأنّه في حكم المعلوم بالعادة، وإنّما أجيز شراء الخلفة لكونها في حكم المعلوم. وقد قدّمنا ما خرج من الخلاف في ذلك.

وإذا قيل بالمنع من هذا، فإنّما ذلك لأنّ في اشتراطها في حين العقد وجهاً من الغرر، لكن عفي عنه لأجل الضّرورة إليه وما فيه من المرفق، ولم تدع ضرورة إلى إحالة ذلك على فناء هذه الخلفة لأنّ ذلك في حكم المجهول، والغرر إنّما يسامح به إذا لم يوجد معْدِل عنه.

والنّوع الثّالث ما يتتابع وجوده ولكنّه لا تتميّز بعض بطونه عن بعض كالمقثاة، فإنّه تعلّق اشتراط الخلفة بفنائها وذهاب إبّانها، إذ لا يقدر على العدول عن ذلك بتعليق العقد فيها على عدد من البطون لعدم التّمييز في البطون، ولا يصحّ تعليق الشّراء فيها على التّحديد/ بزمن. فقد منع في **المدوّنة** أن تشترى المقثاة وما تخلف شهراً. وعلّل بكون اختلاف الهواء عليها يختلف معه حكم نباتها. ورأى بعض أشياخي أنّ هذا التّعليل يقدح فيه جواز تعليق شرائها على فنائها وذهاب إبّانها مع اختلاف الأهوية في ذلك أيضاً. وقد ينفصل عن هذا عندي بأنّ اعتبار اختلاف الهواء في شهر بعينه/ يعظم التّخاطر فيه، وإذا علق العقد على الجميع خفّ الغرر لاستيعاب أزمنتها. وقد علم وجه العادة في

---

(1) البطن مذكر كما حققه الفراء انظر المذكر والمؤنث في اللغة العربية ص 35 ومعجم المؤنثات السماعية ص 72.

حملها في جميع الأزمنة ولم يعلم عادة الحمل في زمن بعينه في إبّانها/ .

وقد أجيز شراء الموز وخلفته زمناً محدوداً، ويشتري أيضاً بطوناً محدودة، خلاف المقثاة، لكون البطون لا يتميّز فيها، والزّمان فيه من الغرر ما أشرنا إليه. ولعلّ من أجاز ذلك في الموز رأى أنّه لا يختلف الحال فيه باختلاف الأزمنة. وقد نصّ بعض الأشياخ على ما يطعمه أشجار التّين في أوّل إثمارها ممّا يسمّيه أهل صقليّة البيفر وأهل الأندلس الباكور، لا يجوز العقد عليه وعلى ما تخلفه تلك الشّجر بعده من التّين، لكون ذلك لا يتتابع في الوجود، بل يذهب زمن هذا الباكور وتبقى الأشجار بعده عارية، ثمّ بعد حين تطلع التّين. وهذا واضح لما قدّمناه من الاتّفاق على منع اشتراط ثمرة عامين.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: أمّا شراء ما لم يشاهد، اكتفاء بما شوهد ممّا يشتريه، في أصل الخلقة، مثل أن يشتري من الثّمار ما هو في جلباب وكِمام، فإنّه على قسمين:

أحدهما أن يشتري ما تحت الكمام، ويقصد بالعقد المأكول الّذي تحته، فهذا لا يجوز أن يقصد بالشّراء لبّ هذه الثّمرة. كمن اشترى حبّ الرّمّان دون ما عليه من قشر، أو قلب الجوز واللّوز دون ما عليهما من قشر، لكون المشترى ها هنا مقصوداً بالعقد مغيباً غير مشاهد.

وأمّا إن اشترى هذه الأجرام على ما هي عليه، فإنّه لا يخلو أيضاً من قسمين:

أحدهما أن يشتري ذلك وعليه جلباب واحد من أصل الخلقة، لا يحفظه إلاّ هو ولا يمكن إدّخاره إلاّ به، كالرّمّان، فإنّ ذلك جائز لأجل ما دعت إليه الضّرورة من هذا، وكون العدول عنه إفساد للمال وإضاعة له.

ومنه ما يكون له جلبابان، كالجوز واللّوز، إذا كان عليهما كمامان، والفول إذا كان في غلفه (الّتي نبت)[1] خضراً، فإنّ هذا أيضاً يجوز، عندنا وعند

(1) هكذا في النسختين، والأولى حذفها.

أبي **حنيفة**، العقد عليه، لكونه غير مقصود إلى التّخاطر فيه. ويستدلّ على الأجرام المأكولة وأحوالها وهي في أكمامها. ومنع **الشّافعي** من هذا. وقال **الأصطخري** من أصحابه وغيره: بجواز العقد على الفول وهو في غُلُفِهِ العليا. وردّ **الشّافعي** هذا بأنّ اللّحم منع من بيعه وهو مغيب في جلوده، مع كونه قد يعرف سمنه من هزاله بالجسّ، فأحرى أن يمنع هذا في الفول لكونه لا طريق له إلى معرفة علم ما في باطنه من صفة/ الفول وجرمه وصفته الّتي يختلف الثّمن باختلافها إذا انكشف له. واستدلّ المجيزون بأنّ الأعصار مضت في سائر الأمصار على ترك إنكار البيع لهذا في غلفه العليا، فصار هذا كالإجماع. وأشار بعض أصحاب **الشّافعي**، في الاعتذار عن هذا، إلى أنّ هذه أمور قد تقع على جهة التّساهل في هذا، ولا يكون التسهّل فيه كالنّصّ على جوازه، ألا ترى أنّ أصحاب أبي **حنيفة** يمنعون الإجارة على تعلّم القرآن، وهم ينفرون أولادهم إلى المكاتب.

وهذا انفصال لا يقنع به. ولو صحّ الإجماع من سائر العلماء على فعل هذا من قوم وترك إنكاره من آخرين، لكان ذلك حجّة في الجواز، لأنّا لو لم نقل بذلك/ لكانت الأمّة أجمعت على الخطإ بين ناطق به وساكت عن إنكاره.

وأمّا شراء القمح في سنبله وهو قائم على سوقه، فإنّ ذلك جائز عندنا، وعند **الشّافعي** في أحد قوليه/ . ومنعه في قول آخر.

واستدلّ من قال بالجواز بما وقع في الحديث: «**أنّه نهى عن بيع القمح في سنبله قبل أن يبيضّ**»[1]. جاز[2] ذلك بعد أن يبيض، وقياساً على بيع الشّعير في سنبله وهو قائم على سوقه.

ومن منع ذلك رأى أنّه مبيع في كِمامه الّتي يصحّ ادّخاره دونها، فأشبه عنده بيع الفول في كمامه.

وهذا حكم بيع القمح في سنبله وهو قائم على سوقه.

---

(1) فيض القدير ج6. ص 331 ح 9475.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فجاز.

وأمّا بيعه بعد أن حصد، فقيل بجواز ذلك. واشترط في قول آخر أن يكون على صفة يمكن حزره ومعرفته وهو عليها.

وأمّا إذا حصد ودرس، فإنّه لا يجوز بيعه مخلوطاً بتبْنِه للجهالة بمقدار القمح ممّا خالطه. لكن إن بيع على الكيل، على أن يكتال وقد صُفّي، جاز ذلك إذا شاهد القمح وعرف صفته.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: ويجمع بيع الغرر ثلاثة أوصاف، أحدها: تعذّر التّسليم غالباً. والثّاني: الجهل. والثّالث: الخطر والقمار. فأمّا ما يرجع إلى تعذّر التّسليم، فكالآبق والضّالّة والمغصوب، والطّير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع الأجنّة واستثنائها، وحَبَل الحبلة، وهو نتاج ما تنتج النّاقة، والمضامين وهي ما في ظهور الفحول.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما حكم بيع الآبق والضّالّة؟

2 ـ وما حكم بيع الأجنّة واستثنائها؟

3 ـ وما حكم بيع حبل الحبلة والمضامين والملاقيح؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: بيع الآبق لا يجوز، عند **مالك والشّافعي وأبي حنيفة**، علم موضعه أم لا. وأجاز ذلك **ابن سيرين** إذا علم موضعه./ وإذا لم يجز العقد عليه عند فقهاء الأمصار لا يصحّح العقد المجيء بالغائب عندنا وعند **الشّافعي**. ولا يجب تسليمه، لارتفاع الغرر لمّا حضر، لكون العقد الّذي التّسليم فرع عنه وقع فاسداً. وأمضى ذلك **أبو حنيفة** وأجاز التّسليم، لأنّه يرى أنّ العقود ثلاثة: عقد صحيح وهو ما لا ترقّب في إبطاله، وعقد باطل وهو ما لا ترقّب في صحّته، وعقد فاسد وهو ممّا تترقّب صحّته، كبياعات الشّروط الفاسدة كالبيع والسلف أو بيع أمة على أن يتّخذها المشتري أمّ ولد. وقد قدّمنا نحن أحد القولين عند إمضاء العقد إذا أسقط الشّرط الفاسد.

وهذا رأي **أبي حنيفة** أنّ سبب منع العقد على الآبق كونه لا يمكن تسليمه. فإذا صار إلى حال لا يمكن[1] فيها تسليمه جاز تسليمه لأجل ما تقدّم من العقد فيه. وهذا لا وجه له لأنّ التّسليم والتّقابض والتّمكين من المبيع إنّما يلزم ويجب/ بمقتضى العقد، فإذا كان العقد ممنوعاً محرّماً، كان فرعه ونتيجته كذلك. والّذي قاله فقهاء الأمصار، من منع العقد عليه وإن علم موضعه، واضح، لعدم القدرة على التّسليم. وبيع ما لا يمكن تسليمه باطل، لأنّه من أكل المال بالباطل. وأمّا ما ذهب إليه **ابن سيرين**، فإنّه إن أراد جواز البيع إذا علم موضعه، وهو معتقل فيه على حكم مالكه، ولا خصومة فيه ولا نزاع، وقد علمت حاله بالمشاهدة أو بالصّفة، فإنّ ذلك يجري مجرى بيع الغائب، فيجوز العقد دون شرط النّقد فيه، على ما يأتي بيانه في كتاب بيع الغائب إن شاء الله تعالى. وأمّا لو كان بموضع معلوم وصفته معلومة، ولكن يفتقر مالكه، إلى تمكينه منه ورفع يد القاضي بعد اعتقاله له، إلى بيّنة أو خصام أو منازعة، فإنّه منع **سحنون** من بيعه على هذه الصفة لأجل ما يقع فيه من مدافعة مالكه عنه حتّى يثبت ما يوجب تسليمه إليه. وكان بعض أشياخي يرى تجويز العقد عليه دون النّقد، بشرط أن يتمكّن منه على صفة تواصفاها وعلماها عليه. وقد كنّا قدّمنا عنه سلوك هذه الطّريقة في جواز بيع الثّمر قبل بدو الصّلاح بشرط أن تسلم وهي على صفة معلومة. ويحتجّ لهذا بأنّه منع في **المدوّنة** شراء زيت/ زيتون بعينه إذا كان يختلف خروجه. وأجاز إذا وقف إمضاء العقد على خروجه على صفة معلومة عندهما، من غير أن يشترط النّقد. وقد كنّا نحن قدّمنا، فيما أظنّ حكاية هذا عنه.

وإذا وقع بيع آبق على الوجه الممنوع فإنّه يفسخ، ولو قبض مشتريه، ما لم يفت عنده بعد قبضه/ بتغيّر سوق أو بدن، فيلزمه قيمته يوم قبضه. وإن لم يفت وتوجّه فسخه، وقد جعل المشتري جعلا لمن جاء به حتّى حصل في يديه، ولكنّه بعد هذا فسخ البيع عليه، فإنّ في رجوعه على بائعه بما أنفق على هذا

(1) كذا في الوطنية وفي المدنية: (جار تعليمه)، والنص يقتضي: فإذا صار إلى حال يمكن فيها تسليمه.

الآبق حتّى حصل في يديه قولان: فقيل: يرجع بذلك على البائع لكونه أنفق على من لا ملك له عليه، ولا يستحقّ أن يُقَرّ في يديه، ولولا هذه النّفقة ما حصل عليه بائعه ولا رجع إليه. فكان للمنفق الرّجوع بهذه النّفقة لمّا أنفقها على ما هو في ضمان بائعه حين الإنفاق، كما أنفق، عند بعض أشياخي، على أنّ[1] من اشترى ثمرة قبل الزهوّ بشرط التّبقية فسقاها وعالجها، فإنّه إذا فسخ عقده رجع على البائع بقيمة ما سقى وعالج، لمّا كانت نفقته هذه على ما ضمانه من بائعه، ولم يتحقّق له ملكه، فكذلك الآبق.

بخلاف من اشترى نخلاً مجرّدة من التّمر شراء فاسداً فأثمرت عنده ولم تطب، فإنّ البيع إذا نقض في النّخل ووجب ردّها إلى بائعها، ردّت معها الثّمرة الّتي لم تطب، لكونها بعد الطّياب غلّة، والغلّة للمشتري وهي قبل الطّياب ليست بغلّة، بل هي كبعض أجزاء النّخل، فوجب ردّها مع النّخل.

إذا وجب ردّ هذه الثّمرة، ففي رجوع المشتري بقيمَة ما أنفق في السقي قولان في المذهب/ : أحدهما أنّه لا رجوع له، لأنّه أنفق على ما هو يملكه وله فيه شبهة الملك، ومن أنفق على ملكه لا يرجع به على أحد. ألا ترى أنّ من اشترى عبداً شراء صحيحاً فأبق له ثمّ أنفق نفقة في استرجاعه ثمّ استحقّ من يديه أو ردّه بعيب، فإنّه لا يرجع على بائعه بهذه النّفقة لأنّه أنفقها على ملكه فيما يعتقد، وعلى ما ضمانهُ منه، والبائع لم يأذن له. بخلاف من اشترى آبقاً شراء فاسداً فأنفق عليه حتّى حصل في يديه، فإنّ البائع يقدّر هنا كالآذن له في النّفقة. ولو خرج رجل بعبد رجل آخر من بلد الحرب، لكان له ما أنفق عليه. ولو خرج به وقد وهب له، فإنّه يرجع أيضاً بما أنفق عليه لأنّه أنفق على ملك غيره، بدلالة أنّه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فيه، وما ذلك إلاّ لكونه باقياً على ملك صاحبه. ولو اشتراه من بلد الحرب فأنفق عليه حتّى خرج به، لم يرجع بما أنفق، لأنّه لو أعتقه لنفذ عتقه فيه كما ينفذ عتقه في عبده الّذي ملكه ملكاً محقّقاً.

---

1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف: على أن.

هذه طريقة سلكها بعض الأشياخ، وأشار إلى اعتبار كون الإنفاق واقعاً على ملك المنفق، والعبد على ملك المنفق أو على ملك مستحق العبد. وما فيه أيضاً أنّ/ البائع كالآذن في هذه النّفقة أو ليس بآذن.

وقد اختلف المذهب على قولين فيمن فدى سلعة من أيدي اللّصوص، هل يأخذها صاحبها منه من غير أن يعطيه ما فداها به، أو يلزمه، إذا أخذها، ما فداها به وهو ها هنا أنفق على ملك غيره، وليس كالآذن له في هذا.

ثم مع هذا وقع فيه الاختلاف لمّا كانت نفقات وقعت بشبهة وتأويل، ولولاها ما حصل المال المردود على صاحبه. ولكن هذه النّفقات ليست بأعيانها موجودة في ملك من ردّ عليه ملكه، وهي كالمستهلكة وليست بعين قائمة يطلب مالكها أخذها من ملك غيره، كبناء المشتري بوجه شبهة. لكن من اعتبر كون هذه النّفقات زادت في الأملاك أو حطّتها[1]، ولولاها كانت الأملاك كالعدم، أوْجَب الرّجوع بها. ومن رأى أنّ مخرج النّفقة من يده لا يطالب بعين قائمة صارت/ من ملكه إلى ملك غيره، أسقط الرّجوع بهذه النّفقات.

ولو حدث بالآبق عيب بعد بيعه وقبل قبضه، لكان مصيبته ذلك[2] من البائع. فإن قبضه المشتري، وفيه عيوب حدثت بعد العقد وحال سوقُه عنده بعد قبضه، فإنّ الفسخ قد ارتفع لأجل حوالة الأسواق عليه وهو في يديه، ولكنّه يقوم عليه على حسب ما قبضه بعيوبه الحادثة قبل قبضه وبعد بيعه، كما قدّمناه من كونها حدثت والعبد في ضمان بائعه.

ولو اطّلع على عيب قديم أيضاً إلى هذه العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض، لم يمنع الرّدّ بهذا العيب القديم الّذي سبق البيع حوَالةُ سوق هذا العبد الآبق بعد قبض المشتري له، لأنّ الرّدّ بالعيب لا يفيته حوالة السوق، وإنّما يفيت حوّالةُ السوق البيعَ الفاسد، وقد ألزمنا المشتري لأجل الفوت بحوَالة السوق قيمة العبد بعيوبه الحادثة قبل قبضه وبعد عقد بيعه، فصارت القيمة

(1) هكذا في الوطنية، وفي المدنية: حظها، ولعل الصواب: حصّنتها.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: لكانت مصيبته تلك.

كثمن اشتُرِيَ به العبد شراءً صحيحاً، ثمّ اطّلع فيه على عيب وقد حال سوق العبد، فإنّه إنّما يقضى له بتخييره بين أن يقبل العبد بالعيب القديم للعيب على حالته من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض خاصة، وإن شاء ردّ العبد بالعيب القديم، وانتفض ما لزمه من القيمة.

ولو كان فوت العبد عند المشتري بعيوب حدثت عنده، فإنّ له ها هنا أن يطلب قيمة العيب القديم، وتلزمه قيمة هذا الّذي قبضه على حالته من العيوب التّي قبضها عليه، القديمة والحديثة. كما يجري الحكم في ذلك في البيع الصحيح إذا اطّلع المشتري على عيب قديم وقد حدث عنده عيب آخر، ويكون ها هنا اللاّزم له قيمة العبد يوم قبضه على ما هو عليه من عيب قديم أو حديث. وإن اختار الرّدّ بالعيب القديم، قوّم قيمة/ ثانية ليعلم منها مقدار ما نقصه العيب الّذي حدث عنده.

وأمّا الضالّة فتجري مجرى الآبق في جميع ما قدّمناه.

وقد تكلّم **ابن القاسم** وغيره على شراء الإبل المهملة في الرّعي ومنعوا ذلك. فمنهم من أشار في علّة المنع إلى كونها لا تعلم صفتها، ومنهم من أشار إلى كونها لا يمكن قبضها إلاّ بإرهاق وأمر شاقّ، فٱشترط في المنع كونها على هذه الحالة ليلحق بما منع من بيعه لعدم القدرة على تسليمه والتّمكين منه.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: أمّا شراء الجنين فإنّه لا يجوز لما تحقّق فيه الجهالة لكلّ ما يقصد من جنسه من المبيع. وإلى هذا أشار **مالك** في **الموطأ** فقال: إنّه لا يدري أحيّ أم ميّت، أذكر أم أنثى، إلى غير ذلك من الصفات التّي ذكرها. وقال أيضاً: إنّه إذا اشترى العبد الآبق الّذي قيمته خمسون ديناراً بعشرين ديناراً، فإنّ المشتري إن وجده ذهب من مال البائع ثلاثون ديناراً، وإن لم يجده ذهب من مال المشتري عشرون ديناراً. فأشار في علّة المنع إلى الجهالة بالمبيع وإلى المخاطرة في الثّمن.

وأمّا استثناؤه فإنّه ممنوع أيضاً لكون البائع قد حطّ من الثّمن كأنّه اشترى به الجنين. وقد قدّمنا أنّ شراءه لا يجوز لما فيه من المخاطرة في المثمون

والثّمن. وهذا التّعليل إنّما يتّضح على القول بأنّ المستثنى مشترًى بأن يقدّر أنّ البائع باع الأمة بجنينها، وصار بالعقد ملكاً للمشتري فاشتراه هو بما وضعه من الثّمن الّذي يجب له لو لم يشترطه، ويستثنيه. وقد بولغ في المنع من هذا حتّى ذكر في الموّازيّة أنّه لو باع رمكة على أنّها عقوق، لم يجز هذا البيع. ورأى أنّ اشتراط كونها حاملاً حين العقد يصيّر الجنين مقصوداً في العقد، وما كان مقصوداً في العقد فله حصّة من الثّمن، وقد ذكرنا أنّ الثّمن الّذي هو عوض الجنين فيه من المخاطرة ما بيّنّاه. ولو ذكر أنّها عقوق لا على جهة الاشتراط لكونها حاملاً حتّى/ يكون لذلك حصّة من الثّمن، بل على جهة الإخبار بحالها والتبرّي من حملها لجاز العقد، لكونه إذا وقع على هذه الصفة لم يكن له حصّة من الثّمن ولم يكن مشترًى مع أمّه.

والجواب عن السّؤال الثّالث أن يقال: ما معنى النّهي عن حبل الحبلة؟ فإن فيه تفسيرين، أحدهما: أنّ المراد به بيع نتاج ما تنتجه النّاقة. وإلى هذا ذهب ابن وهب. وذهب مالك إلى أنّ المراد به بيع سلعة بثمن يقضَى عند نتاج النّاقة. والمعنيان جميعاً يتّضح فسادهما. وقد بيّنّا وجه المنع من شراء جنين ناقة، والجنين موجود حين العقد في بطن أمّه، فشراء جنين يخلق من هذا الجنين الأوّل/ أوضح في المنع. وكذلك إذا كان المراد ضرب هذا أجلاً لثمن سلعة باعها، فإنّ ذلك أيضاً ممنوع لكون الثّمن لا يعلم متى يقبض، ولا الزّمن الّذي تنتجه ما تنتجه ناقة مشار إليها. كيف ولو كان الزّمن محدوداً معلوماً مبلغه، ولكنّه من الطّول بحيث الغالب فيه تغيير الذّمم وعدم الثّقة بحصول الثّمن، وكون الغالب منه أنّه لا يبقي مشتريه إليه وإن بقي يتغيّر حاله في الكسب، ولو كان الأجل عشرين عاماً لكره ذلك، ولكنّه لا يفسخ البيع فيه. ولو كان لعشر سنين لكان ذلك جائزاً. وهذا التّفصيل الّذي وقع في هذه الرّواية ما بين جواز وكراهة وتحريم لا ينبغي أن يساق مساقاً واحداً في سائر النّاس، فإنّه ربّما كانت بعض الذّمم في قوم، السنين[1] الكثيرة في حقّهم بالإضافة إلى

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: السنون.

كسبهم كالسنين القليلة في حقّ آخرين.

وأمّا النّهي عن بيع المضامين والملاقيح، فإنّ فيه قولين، **أحدهما**: أنّ المضامين ما في بطون الإناث، والملاقيح ما في ظهور الفحول. وإلى هذا ذهب **مالك** واحتجّ بقوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَا ٱلرِّيَـٰحَ لَوَٰقِحَ﴾[1]. والرّياح محرّكة لتوليد الشّجر ثمارها لا حاملة للثّمار. وقيل: عكس هذا، إنّ الملاقيح ما في بطون الإناث، والمضامين ما في ظهور الفحول. وإلى هذا ذهب **ابن حبيب** وأنشدوا في هذا:

ملقوحة في بطن ناب حائل

وفي الاستشهاد بهذا البيت نظر.

وأمّا بيع الحصاة ففيه أقوال في تفسيره. فقيل: معنى الخبر الوارد بالنّهي عن أن يكون في يد إنسان حصاة، فيقول للآخر: إذا سقطت من يدي لزمني ما بعته منك. وقيل: المراد إذا سقطت الحصاة من يدي على ثوب بعينه، فإنّ البيع لازم. وقيل: معناه أن يبيعه منتهى ما يبلغه رميه بحصاة.

وقد تكلّمنا في كتابنا **المعلم** على هذه التّأويلات وذكرنا أنّ التّعليق بسقوط الحصاة من يده إذا كان المراد إسقاطها باختياره، فإنّه كبيع خيار إذا قدّر في ذلك أجل يجوز الخيار إليه. وكذلك إذا أراد إن سقطت الحصاة على ثوب بعينه من ثياب فقد عينت ذلك للبيع والثّياب متساوية، فإنّ هذا أيضاً كبيع ثوب من ثوبين يختاره البائع.

(1) سورة الحجر، آية: 22.

والّذي من مصلحته ثلاثة أقسام أيضاً:

1 ـ التوثّق برهن أو حميل.

2 ـ والمرفِق بالتّأجيل.

3 ـ أو الخيار لاختيار المبيع.

وأمّا القسم الثّالث من الأقسام الأولى، وهو ما خرج عن مقتضى العقد وعن مصلحته، وذلك أيضاً ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1 ـ أن يشترط إيقاع فعل في المبيع لا يلزمه في مقضتى الملك.

2 ـ أو يمنع من فعل في المبيع ممّا يقتضيه الملك.

3 ـ أو يعود إلى جهالته في ( )[1]، أو ما في معنى ذلك.

فأمّا الذي من مقتضى العقد فإنّه يلزم وإن لم يشترط. والنّطق باشتراطه تأكيد للأمر اللاّزم فيه لكون البائع مجبوراً على التّمكين من المبيع، وعلى ردّ العوض عند القيام بعيب أو استحقاق.

وأمّا الّذي من مصلحته فيجوز، ولا يلزم إذا لم يشترط، كالرّهن، والحميل، والتّأجيل في الثّمن، والخيار في المبيع.

وأمّا ما خرج عن هذين فإنّه يمنع من اشتراطه كمن باع على أن يدبّر الأمة التّي اشتراها، أو يتّخذها أمّ ولد، أو على ألاّ يبيع ما اشتراه، ولا يهبه، أو على ألاّ خَسارة على المشتري في الثّمن إذا باع، أو على اشتراط سلف وما فيه معنى هذه الأمور.

فهذه التّقاسيم المشتملة على الشّروط المقارنة للبيع على الجملة، وتفصيلها يردّ كلّ قسم في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: قد ذكرنا فيما تقدّم من هذا الكتاب الاختلاف في العقد المقارن لشروط ممنوعة كالبيع والسلف وبيع الأمة على أن

(1) بياض بالأصل في النسختين مقدار كلمة.

يتّخذها أمّ ولد إلى غير ذلك ممّا ذكره. وذكرنا أيضاً في كتابنا المترجم **بالمعلم** الحكاية المأثورة عن سائل سأل **ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبا حنيفة** عن بيع وشرط. فابن **شبرمة** أفتاه بإمضاء البيع والشّرط. ولمّا سأله السّائل وأعلمه بخلاف ما خالفه فيه من[1] **ابن أبي ليلى** بأنّ البيع صحيح والشّرط باطل. فاحتجّ له بقوله عليه السلام: «**المسلمون على شروطهم**»[2]. وأفتاه **ابن أبي ليلى** بأنّ البيع صحيح والشّرط باطل. واحتجّ له لمّا أعلمه بخلاف من خالفه بحديث **بريرة** وأنّه عليه السّلام/ أمضى شراء **عائشة** وأبطل شرط الولاء، وصعد المنبر فقال: «**كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»[3] الحديث. وأنّ **أبا حنيفة** أفتاه لمّا سأله ببطلان البيع والشّرط، واحتجّ لمّا علم بمن خالفه **بنهيه عليه السّلام عن بيع وشرط**[4]. وقد ذكرنا في التّقاسيم التّي قدّمنا أنّ من جملتها اشتراط البائع على المشتري أن يوقع في المبيع معنى لا يلزمه بحقّ الملك. وذلك أيضاً يكون على قسمين، أحدهما: أن يوقعه بعد انقضاء ملكه، كبائع يشترط على المشتري إذا أعتق أن يكون الولاء له. فإنّ الولاء إنّما يثبت بعد ذهاب الملك عن العبد المعتق. وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّ هذا قسم له حكم على حياله، والحكم فيه إمضاء البيع وإبطال الشّرط. فبطلان الشّرط لكونه إنّما يوقع بعد تقضّي الملك، وإمضاء البيع، لأنّ الشّرط الّذي يتعلّق بالملك لا يؤثّر في صحّة الملك. وأشار إلى أنّ هذا الحكم متّفق عليه. وليس كما ظنّ، بل هذا جار على أسلوب ما قدّمنا ذكر الخلاف فيه، وما سنذكره في كتاب النّكاح، إن شاء الله تعالى، من اشتراط ألاّ توارث بين الزّوجين، وانعقاد النّكاح بهذا الشّرط لأنّ التّوارث إنّما يكون بعد زوال ملك العصمة.

والقسم الثّاني أن يوقع المشتري معنى في المبيع في حال كونه مالكاً له.

---

(1) كذا... والأولى حذف من.

(2) البخاري: الإجارة ـ الفتح 5:357 (برواية: عند).

(3) متفق عليه. الهداية ج 7، ص 283.

(4) رواه الطبراني وغيره: الهداية، ج 7، ص 248.

وذلك يكون على قسمين أيضاً، **أحدهما**: أن يكون معنى من معاني البرّ، **والثاني**: ألاّ يكون فيه معنى من معاني البرّ.

والّذي من معاني البرّ على قسمين: إمّا أن يكون معجّلاً أو مؤجّلاً.

فإن كان من معاني البرّ التّي تقع في الملك وهو أمر معجّل، فهي المسألة التّي نحن بصددها، وهو أنْ يبيع عبده على أن يعتقه المشتري. وقد اختلف/ النّاس في هذا البيع. فذهب **مالك والشّافعي** إلى جوازه وجواز ما قارنه من الشّروط. وذهب **أبو حنيفة** إلى فساده والمنع من عقده. لكنّه مع ذهابه إلى فساده قال: إنّه إذا فات الأمر فيه، مضى بالثّمن. وقال صاحباه: بل إنّما يمضي بالقيمة كسائر البياعات الفاسدة التّي ذهبا **هما** وشيخهما **أبو حنيفة** إلى أنّ الواجب فيها إذا فاتت القيمة. **فأبو حنيفة** يحتجّ على فساد هذا البيع بما قدّمناه عنه من أنّه عليه السلام **نهى عن بيع وشرط**[1]. والنّهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه، كما قدّمنا ذكره وذكر تفصيل الخلاف فيما سلف. ويحتجّ أيضاً بأنّه مبيع قصر المالكُ فيه عن اختياره في التصرّف الواجب له بحقّ الملك، فأشبه من باع جارية على ألاّ يطأها مشتريها، أو على ألاّ يهبها، ولا يبيعها. ونحن **والشّافعي** نردّ عليه بحديث **بريرة**، وهو قد ورد متضمّناً/ لمعنى هذه المسألة التّي اختلفنا فيها. وذلك أنّه ذكر فيه أن **بريرة** أتت **عائشة**، رضي الله عنها، فسألتها أن تعينها في كتابتها، وشكت إليها كون الأداء أعياها، فقالت لها **عائشة**، رضي الله عنها، ما ذكر في الحديث عنها وعن التابعين وعن النبيّ عليه السّلام. ثمّ مع هذا أمضى عليه السلام الشّراء، وأبطل إشتراط الولاء. ولا معنى لقولهم: إنّ الّذي جرى في الولاء إنّما كان قبل انعقاد البيع، لأنّ ظاهر الخبر أنّ البيع عليه وقع. وكذلك لا حجّة لهم بكون الخبر متروك الظّاهر لأنّه تضمّن جواز بيع المكاتب، لأنّا نتأوّله على أنّها عجزت فبيعت. وكذلك لا مستروح لهم في أمره عليه السّلام لها بأن تشترط لهم الولاء، مع كون ذلك لا يجوز، لكونه قد قيل: (لهم) ها هنا

---

(1) رواه الطبراني وغيره الهداية ح 7. ص. 248.

بمعنى: عليهم. وقيل أيضاً: معنى اشترطي لهم الولاء أي: بيّني لهم حكمه. وقيل أيضاً: هذه رخصة خصّت بها **عائشة** لما اقتضته المصلحة من العقوبة بفسخ البيع، وإشهار ذلك على المنبر، وردّ الفعل الذي وقع فيه لما كان تقدّم منه بيان حكم الولاء، فقصد بهذا المبالغة في البيان والتأكيد للمنع، وبالفسخ إذا وقع. وقد بسطنا الكلام على هذا في كتابنا **المعلم**(1). وأمّا تَعلّقهم بما تضمّنه هذا البيع من التّحجير فوجب أن يمنع، قياساً على من باع بشرط ألاّ يبيع ما اشتراه ولا يهبه، فإنّ الإنفصال عنه أنّ العتق معنى من معاني البرّ وله حرمة مؤكّدة في الشّرع، ولهذا خصّ بخلاف ما تقتضيه الأصول، ألا ترى أنّ من أعتق نصف عبد بينه وبين شريك له، فإنّه يقوّم عليه نصيب شريكه، ويخرج ملك شريكه من يده بغير اختياره، لأجل حرمة العتق. ولو باع نصيبه لم يلزم شريكَه بيعُ نصيبه. فاقتضى ذلك اختصاص العتق بحكمٍ مّا لحرمته. وكذلك اختصّ ها هنا بجواز هذا البيع لحرمته أيضاً. بخلاف من باع على ألاّ يبيع المشتري ولا يهب، فإنّ هذا الشّرط لا حرمة له توجب إمضاء هذا العقد.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: اختلف المذهب على قولين: هل يجبر المشتري لعبد بشرط أن يعتقه أن يعتقه أم لا؟ فمذهب **ابن القاسم** أنّه لا يجبر. ومذهب **أشهب** أنّه يجبر. وبه قال **ابن كنانة** في **المدنية**. واختلفت إشارات الأشياخ في موقع هذا الخلاف بعد اتّفاقهم على حكم موقعين من مواقع هذا الاشتراط. فقالوا: إنّ المشترط عليه أن يعتق هذا العبد إن عقد الشّراء على أنّه بالخيار في إيقاعه، فإنّ هذا جائز، ولكن يجري مجرى بيع الخيار، في ضرب مدّة تجوز أن تضرب في بيع الخيار في هذا العبد إلى/ غير ذلك من أحكام عقود الخيار. وإن كان القصد بهذا الاشتراط إيقاع الحرّية بنفس الشّراء، فإنّ ذلك جائز، والحرّية لازمة بنفس الشّراء، كما يلزم ذلك في شراء الأقارب الّذين يعتقون، على ما سنذكره في موضعه في افتقار عتق الأقارب إلى حكم أم

(1) ج2 ـ ص 146 ـ 150.

لا يفتقر إليه.

وأبو حنيفة يوافق على صحّة شراء الأقارب الّذين يعتقون/ وإن كان عقد الشّراء يقتضي عتقهم، ويُفسِد العقد على عبد أجنبيّ بشرط أن يعتقه المشتري لما فيه من التّحجير المناقض لحقيقة الملك. بخلاف عتق الأقارب الّذي لم يجب عتقهم بالاشتراط من جهة البائع، فيكون ذلك تحجيراً منه[1]، بل بعد صحّة الملك وإيجاب الشّرط عتقهم. وإن امتنع من ذلك البائع والمشتري بعد صحّة الشّراء[1]، فهذان موقعان يقع العقد عليهما، ويصحّ أن يقصد المتبايعان إليهما.

وموقع ثالث، وهو أن يشتري ذلك شراءً مطلقاً من غير تعيين لأحد الموقعين الأوّلين. فرأى بعض أشياخنا صرف الخلاف إلى هذا الموقع، وبناه على حمل هذا الإطلاق للشّرط على حكم أنّ العتق مصروف إلى إرادة المشتري، أو على أنّه نافذ للحرّيّة بعقد الشّراء. وإشارة غيره إلى صرف الخلاف إلى موقع ظاهره خلاف هذا، وهو أن يشترط العتق على جهة الإيجاب له على نفسه. فيكون هذا الإيجاب عند **ابن القاسم** لا يوجب جبره، ويكون ذلك عند **أشهب** يوجب جبره. ويعتضد هذا المتأوّل للخلاف على هذا الوجه بما وقع في مسألة **المدوّنة** في قول الإنسان: لله عليّ عتق رقيقي. وما ذكر في **المدوّنة** من ذهاب **أشهب** إلى كون هذا القائل يجبر على الوفاء بهذا النّذر. وإذا جرّه[2] **أشهب** على هذا مع كون هذا الإيجاب لم يتعلّق عقد معاوضة عليه بل حقّ للعبد، فأحرى أن يجب ذلك فيما تعلّق به حقّ هذا العبد المشترى بهذا الشّرط. وكون هذا الإلزام وقع عن معاوضة، وعقود المعاوضة تلزم ويجبر عليها من امتنع من مقتضاها. وهذا التّنازع يتصوّر قسماً رابعاً على ظاهر مقتضى لفظ الإيجاب، وأمّا على ما أشار إليه في **الموّازيّة** من تفسير معنى الإيجاب أنّه يعتق بعقد الشّراء، فإنّ هذا يعود إلى ما قدّمناه ولا يكون قسماً رابعاً.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: قد علم أنّ بيع الخيار لا يجوز أن

---

(1) كلام غير واضح في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أجبره.

يعقد على اشتراط النّقد فيه. وأمّا بيع العبد بشرط أن يعتقه مشتريه، فإنّا قدّمنا ذكر الخلاف في إجبار المشتري على هذا العتق. ولا يخفى أنّه إذا كان على ذلك مجبوراً أنّ هذا العقد غير مترقّب ردّه، فيجوز فيه اشتراط النّقد/ كما يجوز ذلك في البيع الّذي لا خيار فيه ولا يترقّب بطلانه. وأمّا على مذهب **ابن القاسم** فتنازعه الأشياخ في هذا، فمنهم من منع اشتراط النّقد فيه لمّا أمكن أن يمتنع المشتري من إيقاع العتق، فيكون من حقّ البائع الرّضى بإمضائه على إسقاط هذا الشّرط، أو استرجاع العبد. فإذا استرجعه وجب أن يردّ ما كان انتقده، فيكون ما اشترط انتقاده كالسلف عند[1] ورده لمّا انتقض البيع.

ومنهم من ذهب إلى جواز اشتراط النّقد في هذا، ورأى أنّه بخلاف بيع الخيار، لأن بيع الخيار لم يصرّح حين انعقاده بكون هذا العقد في حقّ مشترط، مقبولاً عنده أو مردوداً. فترقب ردّه كترقّب إمضائه لا مزية لأحدهما على الآخر، فلهذا منع من شرط النّقد فيه. وأمّا من اشترى عبداً على أن يعتقه، فإنّ ظاهر العقد يقتضي كون هذا العقد عند المشتري على القبول حتّى يرجع عمّا أظهر من القبول والتزام شرطه، حتّى صار هذا القبول له والالتزام موجباً عند **أشهب** أن يمنع المشتري من ردّ هذا العبد. وإذا كان الأمر كذلك فارق هذا بيعَ الخيار الّذي هو على الوقف، وضارع بيع البتات الّذي هوعلى الإمضاء، ولهذا كان ضمان هذا العبد من مشتريه، وإن ترقّب ردّه بامتناعه من العتق، وبيع الخيار ضمان العبد فيه من بائعه، ولو كان الخيار ممّا اشترطه المشتري في المشهور من المذهب. وهذا عندي يؤكّد طريقة هؤلاء القائلين بجواز اشتراط النّقد في هذا العقد. على/ أنّه ذكر في **الموّازيّة** امتناع المشتري من إيقاع العتق مدّة لا يجوز ضربها في بيع الخيار، وما ذلك إلاّ لكون هذا العقد خارجاً عن أحكام بيع الخيار، وإن كان بعض المتأخّرين أشار إلى اعتذار عن هذا فقال: لعلّ التأخرّ هذه المدّة الطّويلة لم يُبْنَ أصل العقد عليه، ولكنّ التّأخّر اتّفق بعد صحّة العقد لعذر اقتضاه.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: حذف واو العطف.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: قد قدّمنا أنّ **أبا حنيفة** يفسد عقد البيع في عبد على أن يعتقه مشتريه. وذكرنا نحن أنّ هذا وإن كان فيه ضرب من التّحجير الّذي لأجله أفسد **أبو حنيفة** البيع قياساً على من باع على ألاّ يهب المشتري ولا يبيع، فإنّ العتق لمّا كان طريقهُ البرَّ والقربةَ، والبرّ والقربة قد أمر الشّارع بهما، كما نهى عن التّحجير على المالك، فإنّه لمّا تقابل ها هنا على المنهيّ عنه. فإذا لم يشترط تعجيل العتق، صار النّهي متعلّقاً بوجهين: أحدهما/ التّحجير والثّاني الغرر والوقوع في الخطر، لأنّ البائع لعبد بشرط أن يعتقه إلى أجل أو يدبّره أو يكاتبه أو يكون المبيع أمة يشترط على مبتاعها أن يتّخذها أمّ ولد ويشترط ألاّ يعزل عنها، فإنّ هذا وإن تصوّر فيه التّحجير تصوّر فيه معنى آخر وهو الغرر والوقوع في الخطر، لكون البائع وضع من الثّمن لأجل غرض لا يدري هل يحصل له أو يفوته؟ فإنّه إذا شرط على المشتري أن يعتق العبد إلى أجل، أمكن أن يموت العبد قبل ذلك فيموت رقيقاً ليس بعتيق، فيفوت البائعَ غرضُه، وتذهب الحطيطة من الثّمن باطلاً. بخلاف إذا كان العتق ناجزاً، فإنّه يجبر المشتري على إيقاع العتق عند **أشهب**، وهو إن لم يجبر عليه عند **ابن القاسم**، فإنّ البائع يستردّ ما باع، فلم يذهب ما حطّ من الثّمن باطلاً. وإذا تصوّر هذا الغرر في المعتق إلى أجل، كان تصوّره في المدبّر أمكن لجواز أن يموت قبل موت سيّده، فيموت رقيقاً، أو يموت سيّده قبله وقد أحاطت الدّيون بتركته، فيكون التّدبير باطلاً، ويعود العبد رقيقاً، فيفوت البائعَ غرضُه ويذهب ما حطّ من الثّمن من غير حصول عوض عنه. وهكذا يتصوّر في الكتابة والإستيلاد من الغرر ما أشرنا إليه. فلمّا تأكّد المنع ها هنا لتعلّقه بوجهين اثنين، لم يقابل ذلك ما تعلّق به الأمر من المعونة على البرّ والقربة، فلا يقابل وجه واحد ها هنا وجيهن. هذا وجه المنع من اشتراط تأخير العتق.

ومن باع بشرط ألاّ يبيع المشتري ولا يهب، هذا التّحجير وجه ممنوع ولا يقابله طريق مأمور بها، إذ لا برّ في هذا التّحجير. فوجب المنع لعدم المقابل ها هنا، كما وجب المنع في اشتراط التّدبير، لكون الموانع أكثر من الوجه

المأمور به. وإذا كان العتق معجّلاً يقابل وجهان راجح أحدهما على الآخر على حسب ما بيّناه. فإن وقع هذا البيع على هذا الوجه الممنوع، وامتنع البائع من إسقاط ما اشترط من تدبير أو غيره، ممّا ذكرناه وذكرنا المنع منه، فإنّ البيع يفسخ. وإن أسقط شرطه، فهل يصحّ إمضاء هذا العقد بإسقاط هذا الشّرط أم لا؟ فيه قولان. مذهب **ابن القاسم** إمضاء البيع، ومذهب **أشهب** أنّه لا يمضي. وقد أشرنا إلى سبب هذا الاختلاف في كلامنا على البيع بشرط السلف، وأشرنا إلى أنّ من أمضى هذا البيع لأجل إسقاط هذا الشّرط قدر الفساد كالخارج عن الثّمن والمثمون والعقد، والمقصود في العقود تخليصها ممّا يفسد أحد هذه الثّلاثة أنواع، والشّرط خارج عنها، فإذا أسقطه مشترطه أذهب علّة الفساد ورفعها. والعلّة إذا ارتفعت، ارتفع حكمها. ومن نقض البيع ولو أسقط هذا الشّرط، رأى أنّ الفساد ينصرف إلى الثّمن كما صوّرناه من التّخاطر الّذي وقع من الحطيطة في الثّمن. وإذا رجع الفساد إلى/ الثّمن أو إلى العقد من جهة ما وقع فيه من تحجير ومنع من مقتضى العقد وجب الفسخ ولو أسقط الشّرط. وإذا وضح وجه الاختلاف في إمضاء العقد إذا أسقط هذا الشّرط، فإنّ المذهب على قولين أيضاً في كون هذا المبيع على شرط التّدبير، واتّخاذ هذه الأمة أمّ ولد تفوت بمجرّد حوالة الأسواق دون تغيّره في نفسه. فالمشهور أنّه يفوت بحوالة السوق كسائر البياعات الفاسدة. وذكر عن **أصبغ** فيمن اشترط على المشتري أن يتّخذ الأمة التّي اشتراها أمّ ولد أنّ هذا البيع لا يفوت بحوالة السوق. فأمّا طريقة من ذهب إلى أنّه لا يصحّ إمضاء البيع وإن أسقط الشّرط، فيتّضح كون حوالة السوق تفيت هذا البيع لكون الفساد فيه منحتماً لا قدرة على تصحيحه فأشبه سائر البيوع الفاسدة.

وأمّا من ذهب إلى أنّ البيع يصحّ إذا أسقط الشّرط، فقد يشكل الأمر على أصل هؤلاء لكون هذا البيع ليس بمنحتم الفساد ضربة لازم، بل يقدر البائع على تصحيحه بإسقاط ما اشترط، فأشبه ذلك البيع الصحيح الّذي يجب ردّه لمعنى آخر كالرّدّ بالعيب في بيع صحيح فإنّ حوَالة السوق فيه ليس بفوت. وقد يقال:

إنّه انعقد على الفساد، ودخل المشتري على قبول هذا الشّرط، وإنّما يرتفع هذا القبول وحكم الفساد إذا انثنى رأي البائع عمّا عقد عليه واشترطه وأسقط هذا الشّرط. وهذه الطّريقة تنظر إلى ما كنّا أشرنا إليه من اختلاف الأشياخ في جواز النّقد في شراء عبد على أن يعتقه مشتريه وأنّ من منع من ذلك رآه كبيع الخيار، ومن أجاز ذلك فرّق بينه وبين بيع الخيار بأنّ المشتري لمّا قبل البيع بشرط أن يعتق، صار العقد وقع على قبول العتق، فلم يرتفع حكمه حتّى ينثني رأي المشتري عمّا دخل عليه وأظهر قبوله من البائع، بخلاف بيع الخيار الّذي هو من أصله على الوقف.

وعلى هذا الأسلوب يجري الأمر في القيمة الواجبة في هذا البيع وما في معناه، فقيل: إنّ القيمة فيه تفتقر فيها أن[1] لا تكون أكثر من الثّمن الّذي تعاقدا عليه، ولا تكون أقلّ منه، بل يقضي بالقيمة مطلقة بالغة ما بلغت/ . فأمّا من قضى بها مطلقة، فإنّه يتّضح ما قاله على مذهب من رأى فسخ البيع ولو أسقط، وأمّا على مذهب من يرى إمضاءه إذا أسقط الشّرط فإنّه يحسن عنده أن يجري الحكم مع الفوت كما يجريه مع قيام المبيع. فلمّا كان له أن يسقط الشّرط مع قيام السلعة، فيصحّ البيع ويجب الثّمن الّذي تعاقدا عليه. فإذا قصرت القيمة عنه، لم يكن للمشتري مقال في أن يقبل منه القيمة بصحّة البيع، فكذلك مع الفوت. وإن كانت القيمة أكثر من الثّمن، كان من حقّ البائع أن يقول: لا أسقط الشّرط، فينحتم فساد البيع، وردّ عين السلعة، مع أنّها لم تفت، فكذلك إذا فاتت إذا وقع الفوت بما شرط البائع إيقاعه، مثل أن يبيع عبده على أن يدبّره مشتريه، فإنّ المذهب اختلف في ذلك، فقيل: يمضي التّدبير لحق الله سبحانه في إمضائه، والمنع من الرّجوع عنه وإبطاله، ولا يكون للبائع رجوع بما حطّ لأجل هذا الشّرط. وإن كانت المعاوضة على هذا لا يجوز لكون المشتري قد سلّم وفعل ما وقعت المعاوضة عنه، فيجب أن يستحقّ العوض عن ذلك،

(1) هكذا في النسختين. ولعل حذفها يكون الكلام معه أوضح.

والعوض عنه هو الّذي حطّه البائع من الثّمن لأجل ما أحدث المشتري في العبد ممّا عابه ونقص ثمنه، وكان ذلك بأمر البائع وإذنه على عوض التزمه. وكذلك لو لم تكن هذه المعاوضة على معاقدة البيع في العبد، ولكن قال رجل لرجل: دبّر عبدك، ولك عندي دنانير، سمّاها له، فإنّ هذه المعاوضة أيضاً لا تجوز لما/ اقتضته من الغرر والمخاطرة التّي تقدّم بيانها. ولكن إذا دبّر مالك العبد لأجل هذه المعاوضة نفذت على طريقة من قال من أهل المذهب: إذا عقد بيع على فساد وأمر المشتري البائع أن يفعل فيه فعلاً، وهو في يديه قبل أن يصير إلى يد المشتري، فإنّ ذلك الفعل ينفذ وكأنّه وقع من المشتري بعد قبض للمبيع، والمشتري يضمن ما أحدثه في المبيع بعد أن قبضه، فكذلك يضمن ما أحدثه البائع بأمره قبل أن يصير العبد إلى يده. وهذا يبسط في الكلام على من اشترى زيتوناً على أنّ على البائع عصره، أو غزلاً على أنّ عليه حوكه، أو فضّة على أنّ عليه صياغتها.

وقيل: يمضي التّدبير الّذي شرطه البائع على المشتري لكون التّدبير لا يصحّ نقضه لأجل تعلّق حقّ الله سبحانه به، والعوض عنه ينتقض لفساد المعاقدة عليه لا سيما إذا لم تكن معاقدة على بيع، ولكن لو قال/ رجل لآخر: دبّر عبدك ولك عليّ دنانير سمّاها له، فإن مدبّر العبد ها هنا أحدث في ملكه عيباً وهو في يديه، ولم يكن من الآخر سوى قول تضمّن التزام معاوضة عن فعل لا تجوز المعاوضة عليه، ولا تضمّن هذا الفعل مجرّد الأمر به. وقيل: بل يوقف الأمر في البيع بشرط التّدبير، فإن خرج المدبر حرّاً، مضت المعاوضة، وإن بطل التّدبير لموت المشتري مدياناً لا ثلث له يخرج منه العبد ولا بعضه، ردّت المعاوضة. وهذا يقدح فيه بأنّ الّذي أوقع التّدبير إنّما فعله ليستعجل أخذ عوض عنه، فإذا وقف هذا العوض عليه إلى موته ومصيره إلى حال لا ينتفع بهذا العوض، فكأنّه أُمضي عليه فعله وأبطل العوض عنه، فإنّما يحسن أن يقال: بطل العوض لفساده، أو يمضي على ما هو عليه لفوات هذه المعاقدة التّي لا يصحّ نقضها، فيمضي بالمسمّى كما تمضي بعض البياعات الفاسدة بالمسمّى إذا

كان فسادها ليس بواضح التّحريم متّفق عليه على إحدى الرّوايتين. وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنّه يحسن أن يقال: لا يمضي بالمسمى، ولكن يرجح البائع على المشتري بمقدار ما بين قيمة العبد رقيقاً وقيمته مدبراً، فيكون هذا التّقويم عنده كالتّقويم للبياعات الفاسدة إذا فاتت.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: إذا تقرّر القول في فوت العبد المشترط على المشتري إعتاقه بإيقاع ما اشترط عليه، فنتكلّم ها هنا على حكم الفوت بحدوث أمر غير ما شرط عليه. وقد ذكرنا حكم الفوت فيمن اشترط تدبيره وعتقه إلى أجل بإيقاع ما اشترط فيه، حكمَه إذا فات بحوَالة سوق وما في معناها. وأمّا من باع عبداً واشترط على مشتريه أن يعتقه عتقاً مؤجّلاً، فإنّه قد اختلف في فوته بحوَالة الأسواق إذا امتنع المشتري من إيقاع العتق. فمن لم يفته بذلك رأى أنّ البيع صحيح وحوَالة الأسواق لا تؤثّر في البيع الصحيح. ومن رأى أنّ حوَالة الأسواق فيه فوتاً قدّر أنّه لَمّا دخل المشتري على إعتاقه، فامتنع ولم يجبر على إيقاع العتق، لحق الضّرر بردّه وقد حال سوقه.

وأمّا إن وقع الفوت بموت هذا العبد، فإنّه لا يخلو من ثلاثة أقسام، أحدها: أن يموت العبد في يد مشتريه بقرب عقده فيه، أو يموت بعد تراخ ليس بالطّويل كالشّهر ونحوه، أو بعد تراخ طويل كالسنة ونحوها.

فأمّا إن فات بالموت بقرب زمن الشّراء، فإنّه لا مقال للبائع على المشتري فيما حطّ من الثّمن، لأجل أنّ المشتري لم يتعدّ في ترك العتق، ولا فرّط في إيقاعه، فيضمن بسبب التّفريط، فصار إذا لم يفرّط في إيقاع العتق كمُوقِعه، ولو أوقعه/ ما كان للبائع مقال في الحطيطة، فكذلك/ إذا لم يوقعه من غير تفريط في إيقاعه.

وأمّا إن مات بعد الشّهر ونحوه، فإنّ للبائع أن يرجع على المشتري بقدر ما حطّ من الثّمن لأجل العتق الّذي فرّط المشتري في إيقاعه حتّى حَرَم البائعَ غَرَضَه الّذي لأجله وقعت الحطيطة. وهذا إذا لم يعلم البائع بالتّأخير حتّى لا يعدّ البائع كالآذن له في التّأخير.

وأمّا إن مات بعد السنة ونحوها، فإنّ الشّرط ساقط، ويعدّ إضراب البائع عن الزام المشتري للعتق كالرّضى بإسقاط شرطه. فإذا علم بهذا التأخير هذا المقدار من الزّمن، عدّ راضياً بإسقاط ما اشترط. [لم يكن له مقال، ويباع للمشتري على أن يعتقه عن ظاهره(1) أو عما يجب عليه فيه عتق رقبة](2).

/ هذا حكم فوته بالموت.

وإن فات بعيوب مفسدة حدثت فيه عند المشتري، فإن كان بقرب العقد، فإنّ بعض الأشياخ يقول: يكون للمشتريْ الخيار قبل حدوث هذا العيب المفسد، فإن أوقعه وفّى بما شرط عليه، وإن امتنع رجع البائع عليه بالحطيطة. وبعضهم يقول: الخيار للبائع، إن شاء أمضى البيع بالحطيطة، وإن شاء ارتجع العبد. فكأن من ذهب إلى ما حكيناه من الإشارة إلى اختلاف في المعنى إنّما يختلفون في معنى قد يشكل، وهو كون المشتري يعتقه وقد حدث به عيب مفسد. فبعضهم يشير إلى أنّه يُقرَّر كمن وفّى بشرطه لكونه غير مفرط في إيقاع العتق، كما لو مات العبد بقرب عقد الشّراء، فإنّه لا يطالب بالحطيطة عوض(3)، ويكون ضمان هذا الّذي اشترط من بائعه. فكذلك إذا حدث عيب مفسد عند المشتري وهو غير مفرّط ولا متعمّد في التأخير، فيجب ألاّ يكون للبائع مقال إذا وقع العتق. وإذا أراد بعض الأشياخ بما حكيناه عنه أنّه لا يجزيه في الوفاء بالشّرط هذا العتق، فإنّه يرى أنّه إنّما اشترط عتق عبد سليم يمكنه التكسّب وأن ينفع نفسه، فإذا عمي أو شلّ وامتنع من التكسّب، صار عتقه على هذه الحالة خلاف غرض البائع.

وهكذا أيضاً إن كانوا أشاروا إلى اختلاف في معنى آخر، وهو إذا امتنع من العتق هل تلزمه الحطيطة لأجل أنّه لا يمكن أن يأخذ من البَائع عبداً سليماً

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: كما لم يكن له مقال إذا باعه للمشتري. . .
(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: ظهاره.
(3) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: عوضاً.

ويردّه إليه معيباً. فإذا امتنع الرّدّ لأجل هذا، لزمت المشتري الحطيطة.

وأمّا إن أخّر المشتري عتقه تأخيراً يكون متعدّياً فيه كالشّهر ونحوه، فإنّه يلزمه أن يغرم الحطيطة لكونه متعدّياً في التأخير، ومفرّطا في إيقاع العتق حتّى صار العبد إلى حالةٍ إعتاقه عليها خلافُ غرض البائع.

والجواب عن/ السؤال السابع أن يقال: قد علم أنّ حقيقة البيع نقل الملك بعوض كما قدّمناه. وعلم أيضاً أنّ معنى الملك القدرة على التصرّف في المملوك بحسب ما أذن فيه الشّرع. فإذا باع البائع سلعته، اقتضى حقيقة الملك الّذي صار إلى المشتري أن يبيعها ويهبها إذا شاء. فإذ شرط البائع في عقد البيع ألاّ يبيع ولا يهب، فقد حجّر عليه مقتضى الملك، فصار بذلك مناقضاً لحقيقة البيع ففسد البيع. ولكن إذا أسقط البائع هذا الشّرط، هل يصحّ أم لا؟ فيه قولان، وقد تقدّم توجيههما.

وينبغي أن ينظر فيما حجّر من التصرّف، فإن كان سائره أو منفعة مقصودة فيه، فسد البيع إذا لم يسقط الشّرط. وإن كان ما حجر لمحجره فيه غرض صحيح، وهو غير مقصود عند المشتري ولا مضرّ به، فإنّه لا يمنع. كمن باع جارية [على ألاّ يبيعها من فلان خاصّة فإن هذا جائز لكون التحجير للبيع من رجل واحدٍ لا مضرة على المشتري فيه، ولو قال:][1] إلا من فلان، لمنع من ذلك لكونه حجّر عليه المقصود من الملك. وعلى هذا يجري الحكم وأباح له سائر الدنيا، فإنه يجوز ذلك. ولو حجر عليه ألاّ يبيعها إلا في بلد بعينه إذا شرط عليه ألاّ يبيعها في بلد بعينه، لمنع/ من ذلك لما أشرنا إليه من التّعليل. ولو شرط عليه أن يخرجها من بلدها لمنع من ذلك. وقد وقع في مختصر **ابن شعبان:** إذا شرط البائع على المشتري أن يخرجها إلى بلد آخر يبيعها فيه، فإنّ ذلك جائز. وذكر في **الموّازيّة**[2] **أنّه إذا اشترط عليه أن يخرجها إلى الشّامّ**، فإنّ

(1) ما بين المعقوفين ساقط من و.

(2) في المدنية: المدوّنة.

ذلك لا يَجوز. وأشار بعض الأشياخ إلى أنّ هذا اختلاف قول.

وهو عندي قد ينبني على ما أصّلته من اعتبار ما يقصد وما لا يقصد. **فإن** كان المراد بما وقع في **مختصر ابن شعبان** بقوله: إلى بلد آخر، بلداً معيّناً، منع ذلك لما فيه من التّحجير. وإن أراد بلداً من سائر البلاد، لم يكن ذلك تحجيراً لمعنىً مقصود، لا سيما إذا اشترط البائع ذلك لغرض فيه أن لا تبقى معه في بلد بعد خروجها من ملكه، فيلحقه من ذلك ضرر. وهكذا يجري الأمر فيما يشترط من هذا المعنى.

ولو اشترط المشتري على البائع ألاّ خسارة عليه إذا باعها، لمنع ذلك أيضاً.

وقد اختلف المذهب فيمن باع سلعة يشترط ألاّ يبيعها المشتري حتّى يقضي الثّمن.

فأجاز ذلك **مالك** وقدّر أنّه لمّا كان المشتري قادراً على القضاء للثّمن كلّ يوم، صار الامتناع من البيع من جهته لا من جهة التّحجير/ المشترط، فلم يفسد هذا الشّرط البيع.

وذكر **ابن الموّاز** أنّ هذا الشّرط إنّما يجوز في الزّمن القليل كاليوم واليومين، ورأى أن اشتراط تأخير قبض السلعة المعيّنة اليوم واليومين جائز، بخلاف اشتراط قبضها الزّمن الكثير.

وقال **ابن القاسم** لا خير فيه. وقدّر أنّ المشتري قد يتعذّر عليه أداء الثّمن إلاّ بأن يبيعها ويقضي ثمنها، وإذا أراد ذلك كان مقتضى التّحجير أن يمنع [مفسد البيع][1].

وقد اختلف المذهب فيمن باع سلعة بثمن إلى أَجل على أن تبقى السلعة رهناً بيد البائع، أو بيد عدل حتّى يقضي المشتري الثّمن. فمن منع ذلك قدّره

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: مفسداً للبيع.

أيضاً كبيع معيّن يقبض إلى أجل. وفي **الموّازيّة** فيمن باع عبداً بثمن إلى أجل، واشترط على المشتري أنّه حرّ إن لم يقبض الثّمن عند الأجل، أنّ ذلك جائز. وعورض هذا أيضاً بأنّ المشتري ممنوع من بيع هذا العبد حتّى يُقبض الثّمن. فصار هذا الشّرط تضمّن تحجيرع البيع حتّى يقضي الثّمن، فعاد الأمر إلى المسئلة الّتي قدّمنا ذكر الخلاف فيها.

ولو شرط في البيع أنّ المشتري متى باع السلعة، كان بائعها أحقّ بها بالثّمن الأوّل أو الثّمن الّذي يعطاه المشتري، لمنع ذلك لما فيه أيضاً من التّحجير.

ولو شرط مثل هذا في الإقالة، لمضى الشّرط. وكان البائع الّذي سأل، بعد صحّة البيع، في الإقالة، فأقاله المشتري على هذا الشّرط مطلوباً بهذا الشّرط. ومتى باعها كان المشتري المقيل أحقّ بها. وقد تقدّم كلامنا على هذه المسئلة فيما مضى. وقد تعقّب هذا في الإقالة أيضاً. وإنّما يعتذر عنه بأن الإقالة حلّ بيع/ على أحد القولين، وليست كابتداء بيع وطريقها المعروف.

وممّا ألحق أيضاً بالبيوع الممنوعة بيع الثُّنْيَا، وهو أن يبيع سلعة على أنّه متى ردّ الثّمن استردّها، ثمّ أسقط البائع هذا الشّرط. فقال **مالك**: هذا البيع كان أوّله حراماً ثمّ صار حلالاً. قال **ابن الموّاز**: هذا إذا رضي المشتري. وظاهر قول **مالك** أنّ هذا البيع يصحّ بإسقاط هذا الشّرط وإن لم يرض به المشتري، وألحقه ببياعات الشّروط. وكأن **ابن الموّاز** استبعد هذا ورأى أنّ هذا الفساد راجع إلى الثّمن، فلم يصحّ البيع بتصحيحه. كما لو باعها بثمن إلى موت زيد ثمّ عجّله الآن. وقد أضيف إلى ما اشترطه **ابن الموّاز** من رضى المشتري كون المتبايعين تفاسخا العقد الأوّل. وقد كنّا/ نحن قدّمنا ذكر هذا، وسبب الخلاف فيه. فهذا حكم بياعات الشّروط الفاسدة.

وقد كنّا قدّمنا أنّ الشّروط المقارنة للبيع على ثلاثة أقسام، أحدها أن

يكون من مقتضى العقد كجواز التصرّف/. والثّاني أن يكون من مصلحته. ومثّلنا هذا باشتراط الرّهن والحميل في عقد البيع. وقد ذكر في **المدوّنة** في كتاب البيوع الفاسدة حكم اشتراط الرّهن والحميل في عقد البيع، فاعلم أنّ ذلك يقع اشتراطه على وجهين:

أحدهما: أن يشترط في ذلك رهناً معيّناً أو حميلاً معيّناً.

والثّاني: أن يشترط رهناً غير معيّن أو حميلاً غير معيّن.

فأمّا إن اشترط في ذلك رهناً معيّناً، فإنّه إن كان الرّهن والحميل حاضرين، جاز ذلك من غير خلاف. وكذلك إذا كان قريبين من مكان العقد. وأمّا إن كانا بمكان غائب بعيد من مكان العقد، فأمّا اشتراط هذا الحميل المعين الغائب، فإنّه ممنوع. وأمّا اشتراط الرّهن، فإنّ **ابن القاسم** أجازه، ومنعه **أشهب** إلاّ أن يكون الرّهن بمكان قريب، مسافة اليوم واليومين.

فأمّا المنع من اشتراط حمالة رجل غائب بمكان بعيد، فإنّه كاشتراط عقد بيع على خياره فيفتقر إلى انتظار ما عنده في هذا، فإن قبل مَضى البيع وإن لم يقبل ردّ البيع. والأمد البعيد لا يجوز اشتراطه في بيع الخيار لما سنذكر في موضعه إن شاء الله تعالى. وكذلك اشتراط هذا الحميل لكون البيع موقوفاً على ترقب ما يبدو منه في الحمالة، فإن التزمها نفذ العقد، وإن امتنع من الحمالة لم يلزم البائعَ البيعُ، وله ارتجاع سلعته، لكونه إنّما باعها بشرط أن يتوثّق بحمالة، فإذا لم يحصل له التوثّق، صار كعيب في الثّمن الّذي باع به، فكان له ردّ الثّمن وارتجاع ما باع. وإن شاء رضي بهذا العيب الّذي هو عدم التوثّق، وإمضاء البيع بغير حميل.

وإذا كان هذا البيع انبنى انعقاده على خيار الحميل بين التزام الحمالة أو ردّها، ثمّ إذا لم يقبل الحمالة، كان الخيار للبائع أيضاً، كما ذكرناه، صار هذا بيعاً مبنياً انعقاده على خيار إلى أمد بعيد. فإذا كان الحميل قريباً بمكان يمكن

أن يستعلم ما عنده في الحمالة في مسافة مقدارها مثل الأيّام التّي يجوز ضربها في بيع الخيار، جاز عقد البيع. فإن التزم الحمالة، نفذ العقد. وإن لم يلتزمها خير البائع بين إمضاء البيع بغير حميل أو ارتجاع سلعته، كما بيّناه.

وأمّا اشتراط ارتهان شيء معين غائب بمكان بعيد، فإنّ **أشهب** يمنعه قياساً على منع اشتراط الحميل البعيد الغيب. **وابن القاسم** يجيزه قياساً على جواز العقد على سلعة غائبة. ويوقف المبيع حتّى يعلم وجود الرّهن كما يوقف ثمن السلعة.

ويفرّق الحميل والرّهن في هذا، فإنّ الحميل تجويز رضاه بالحمالة كتجويز امتناعه منها، فالغرر حاصل في ذلك. والسلعة الغائبة إذا / اشترط ارتهانها، فلا يترقّب فيها سوى طريان ما يتلفها. والأصل استصحاب ما كانت عليه من الوجود، والخروج عنه نادر. فلم يكن في ذلك من الغرر ما صوّرناه في الحميل البعيد الغيبة. لأنّ الحميل وقف البيع على خياره، فلم يجز في أمد الوقف ما لا يجوز في بيع الخيار. ولهذا نقول إنّ المبيع، على شرط أخذ حميل معيّن قريب المكان، إذا هلك، كان ضمانه من البائع. كما نقول في ضمان ما بيع على خيار نطق المتبايعان باشتراطه حين العقد أو لا. ولهذا أيضاً قال بعض الأشياخ إنّ الّذي ذكر في **المدوّنة** في حكم هذا الحميل يقتضي جواز بيع عقد على خيار مرتّب على خيار آخر سبقه. ألا ترى أنّ الحميل ها هنا بالخيار بين التزام الحمالة أو ردّها. فإن/ ردّها خيّر البائع بين إمضاء البيع أو ردّه، على حسب ما ذكرناه. فكذا ينبغي إذا عقد بيع على خيار رجل معيّن، فإن لم يختر انتقل الخيار إلى رجل آخر. ولهذا أيضاً نبّه بعض الأشياخ على قوله في **المدوّنة** في هذه المسئلة: إذا باع بيعاً أو أقرض قرضاً على حميل معيّن، فقال: قد جمع ها هنا ما بين القرض والبيع، وهذا يتضمّن جواز القرض بشرط الخيار. وإنّما ذكرنا هذا تأكيداً لما أشرنا إليه من كون هذه السلعة جارية على أحكام عقد البيع على خيار.

أيضاً أن يكون له غرض صحيح في الإمتناع من هذا لما يتكلّفه من حراسة العبد وما يتخوّف من أذاه. فإذا اتّضح ألاّ غرض يفرّق بين الرّهنين، لم يكن للخلاف الّذي ذكرناه وجه سوى ما تقدّم ذكرنا له فيما سلف من اشتراط ما لا يفيد في البياعات، هل من حقّ من اشترطه أن يقضى له به أم لا؟

وإذا وقع الرّهن على وجه جائز، ووجب إيقاف المبيع لغيبة الرّهن، وحدث بالمبيع عيب، فأراد مشتريه أن يقبله بعيبه لئلاّ يكون خسر الثّمن والمثمون، ومنعه البائع من ذلك، واتّهمه أنّ رضاه بالمبيع لأجل نفي الخسارة عنه، لجرى ذلك على القولين في الثّمن الموقف لأجْلِ أنّ المثمون غائب، ممّن يكون ضياعه؟ على حسب ما سنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا إذا كان الرّهن أو الحميل غير معيّنين، فإنّ المشتري يجبر على إحضار رهن يكون توثِقة بالحق، أو حميل كذلك. فإن امتنع فتنازع فيه المتأخّرون، فقال بعضهم: يحبس في الحميل، لإمكان أن يكون يعلم من يتحمّل به إذا سأله في ذلك، فلا يسأله، ونحن لا نعلمه. وأمّا الرّهن/ فإنّه لا يحبس فيه لإمكان أن يُكشَف عن صحّته[1] ما ادّعاه باختبار كسبه والإطّلاع على ما عنده

ومنهم من استنكر هذه التّفرقة وتعلّق بما وقع في **المدوّنة** من قوله: إنّ الرّهن كالحميل.

ومنهم من صرف ذلك إلى الإجتهاد. فإن كان الظّاهر أنّه لَدَّ في ذلك حبس. وإن كان الظّاهر عجزه، كما ذكرنا، لم يسجن، واستُظهِر عليه باليمين.

وقد أشرنا إلى أنّ الرّهن إذا هلك بعدَ القبض، لم يلزم الرّاهن خَلَفه لكون الرّاهن قد وفّى بما عليه من دفع التّوثقة، فلا مطالبة عليه بضمان ما وفّى به.

وأمّا إذا كان الرّهن غير معيّن، فإنّه إن دفع رهناً وهلك بعد القبض، فإنّه قد تنازع/ في ذلك المتأخّرون: هل يصير كالمعيّن بهذا التّسليم والقبض فلا يلزم خلفه؟ أو يلزم خلفه كما يلزم خلف دابّة سلّمت في كراء مضمون؟ وتعيّنها

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: صحة.

بالقبض لا يسقط مقتضى أصل العقد من ضمان إيصال المكتري إلى غاية المسافة.

وإذا تقرّر حكم الحمالة في البيع، ووضح إجراؤها على حكم بيع الخيار، فإنّه لا يجوز في النّكاح اشتراط حمالة رجل بعينه بالصّداق، لكون هذا يصير عقد النّكاح عقداً على خيار، والنّكاح لا يجوز أن يشترط فيه الخيار. وقد ذكر أيضاً في كتاب البيوع الفاسدة مسئلة كنّا قدّمنا الكلام عليها، وهي إذا باع سلعة/ على أنّ المشتري إن لم يأت بالثّمن إلى أجل سمّاه فلا بيع بينهما، فإنّ هذا البيع لم يجزه في **المدوّنة**، وعلّل بأنّ فيه عذراً، ولكنّه مع هذا أمضاه إذا وقع، وأبطل الشّرط خاصّة. وقد وقع في تحديد الأجل اختلاف، فذكر في بعض الرّوايات أنّ البيع أجّل فيه الثّمن ثلاثة أيّام، وفي بعضها: أجّل عشرة أيّام، ووقع في **الموّازيّة** أجل شهر. وأجاز هذا الشّرط في الدّيار، وكرهه في الحيوان، وقال في العروض: الشّرط باطل. وقد وقع **لمالك** أنّ هذا البيع فاسد لفساد شرطه. وذكر **ابن وهب** أنّه كبيع الخيار إن ضرب في ذلك أمد يجوز ضربه في بيع الخيار مضى البيع على ما هو عليه. لأنّ معنى هذه العبارة وهو قول البائع للمشتري: إن لم تأت بالثّمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا، كمعنى قوله: أبيعك بالخيار إلى أجل كذا وكذا. وقد اختلف أيضاً في تأويل ما وقع في **المدوّنة** من قوله: البيع نافذ والشرط باطل. هل مراده ببطلان الشّرط في حلّ البيع عند انقضاء الأجل، وفي إبطال التأجيل بالثّمن، فيُكلَّف المشتري دفع الثّمن في الحال؟ أو المراد بطلان ما لا يجوز، وهو حَلّ العقد بمضيّ زمن محدود دون إبطال تأجيل الثّمن، لكون تأجيل الثّمن سائغاً في نفسه لو تجرّد ذكره خاصّة في بيع البتات؟ وقد وقع في كتاب كراء الرّواحل والدّوابّ أنّ الشّرط باطل وينقد الثّمن. وظاهر هذا بطلان التّأجيل للثمن. وبعضهم يقول: يحتمل أن يريد انتقاد الثّمن إذا حلّ الأجل، ويرى أنّ هذا هو الأولى من إبطال حكم التّأجيل. وطريقة بعض أشياخي اعتبار القصد في مثل هذا، هل التّأجيل للثّمن ها هنا مقصود عند المشتري فيوفّى له به؟ أو المقصود بذكر الأجل جعله علَما على حلّ البيع لا على ميقات/ الثّمن فيكون الثّمن على الحلول؟.

وممّا يلحق ببياعات الشّروط من باع أمة لها ولد حرّ رضيع، وشرط البائع على مشتريها رضاع الولد. فإنّه قد أجاز في **المدوّنة** هذا البيع إذا وقع بشرط أنّ الولد إذا مات، كان على المشتري رضاع غيره. ولم يجز ذلك **سحنون** إلاّ أن تدعو إلى الوقوع فيه ضرورة، كوجوب بيع الأمة على سيّدها إذا فلس، فإنّ حكم الفلس يقتضي ألاّ يمطل الغرماء بحقوقهم، وفي مطلهم بهذا ضرر عليهم، قد خصّ في هذا لأجل الضّرورة إليه الّتي اقتضاها حكم الفلس.

واعلم أنّا كنّا قدّمنا أنّ البيع بشرط/ التّحجير ممنوع. وذكرنا في أمثلة ذلك من باع بشرط أن لا يبيع المشتري ولا يهب. وهذه المسئلة الّتي شرط فيها الرّضاع تضمّنت ضرباً من التّحجير، وهو أنّ مشتريها لا يمكنه التّصرّف بالبيع المطلق فيها، والسفر بها منفردة دون ولدها، لأجل ما شرط عليه من الرّضاع، ولحقّ الولد في المنع من التّفرقة فيه بينه وبين أمّه، والمشتري إن نقله معها، تكلّف في ذلك مشقّة وخسارة. فهذا المعنى من التّحجير يوجب منع البيع، ولهذا منع منه **سحنون**. لكن إذا دعت إليه ضرورة، كما قدّمناه، قدّم اعتبار الضّرورة على **اعتبار هذا التّحجير**، مع كون المشتري قادراً على أن يبيع هذه الأمة، واشترط[1] / على مشتريها مثل ما اشتُرِط عليه، فلم يتصوّر التّحجير في البيع تحجيراً مطلقاً.

وكأنّ من ذهب إلى الجواز رأى أن لا تحجير في هذا يوجب المنع من البيع، لكون البائع للأمة لمّا أعتق ولدها الصغير، كان عليه القيام بأوده حتّى يبلغ القدرة على السعي على نفسه. فإذا أراد بيع الأمّ، أضاف إلى ثمنها أن يقوم المشتري عنه بمثل/ ما وجب عليه. وهكذا المشتري إذا أراد أن يبيع من آخر، اشترط أيضاً ما اشترط عليه. واشتراط هذا الّذي وجب على البائع من القيام بالأود والرّضاع قد يقع محالاً على الذّمّة، بأن يشترط البائع على المشتري رضاع أمة غير معيّنة لولد غير معيّن، فيجوز ذلك، ويجري مجرى السلم. أو

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: يشترط.

يشترط التّعيين في المرضعة والرّضيع، بأن يَرضَع في هذه الأمة بعينها ولدها هذا بعينه. أو يكون معيّناً هذا الأمر في أحد الشّخصين، ومضموناً في الآخر. فإنْ عيّن هذا الشّرط في الأمّ وفي الولد إذا مات، على أنّ الحكم في الظئر المستأجرة أن تنفسخ الإجارة بموت الولد، ولا يلزم الخلف، ولا يُشترَط، لكنّه ها هنا لمّا رأى أنّ تعليق هذا الأمر بعتق هذا الولد يقتضي غرراً في ثمن هذا المبيع، والغرر في الثمن يفسد البيع. وتصوير هذا الغرر أنّ الولد قد صار رضاعه جزءاً من ثمن/ هذه الأمة، وهذا الجزء لا يحصل[1] مقداره لجواز أن يموت الولد في أوّل زمن الرّضاع، فيقلّ الثّمن، أو في آخره فيكثر الثّمن. فاعتبار إصلاح فساد هذا البيع ودفع الغرر عنه أولى من اعتبار إجْرَاء هذا ها هنا على أحكام الظئر من كون الإجارة تنفسخ بموت الولد، مع كون الأصل أنّ المستأجَر عليه لا يتعيّن، وإنّما عيّن في الظئر وما في معناها لعلل نذكرها في كتاب الجعل والإجارات إن شاء الله تعالى. وهذا الّذي نبّهنا عليه يعرف منه وجه الحكم في اشتراط تعيّن أحدهما.

فأمّا اشتراط تعيين الأمّ فإنّه الأصل في أحكام الإجارة، لأن المستأجر يتعيّن، ولا يجوز اشتراط خلفه مع كون العقد على معيّن.

وأمّا تعيين الولد فقد ذكرنا أنّ الأصل فيه أنّه لا يتعيّن وإنّما عيّن في الظئر لما سنذكره من العلل في موضعه، وأنّ تعيينه في بيع هذه الأمة يتضمّن غرراً في ثمنها، والغرر في الثّمن ممنوع.

وهذا الّذي ذكرناه وصوّرناه من الغرر إنّما يتصوّر إذا وقع الشّرط على تعيين الولد، وعلى أنّه إن مات لم يخلف ولد آخر مكانه، ولا تجب المحاسبة ومرجع ما سقط من الرّضاع في الثّمن. وأمّا إذا بُني الأمر على أنّه إن مات الولد، وجبت المحاسبة بمقدار ما سقط من الرّضاع، فإنّه لا يُمنَع ذلك لارتفاع ما صوّرناه من الغرر. وقد اتّفق أهل المذهب على جواز استئجار ظئر للرّضاع

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: يُحصَر.

بشرط النّقد، وإن كان يمكن موتها قبل إكمال الرّضاع، فيجب ردّ بعض ما انتقدت، وإذا وجب صار ذلك تارة بيعاً وتارة سلفاً. لكن لمّا كان الموت أمراً ليس هو الغالب، بل هو كالنّادر لم يتصوّر فيه هذا الوجه الممنوع من / تخوّف ما انتقد. فكذلك لا يتصوّر الغرر ها هنا في مسئلة بيع الأمة المرضعة، الّتي ذكرناها، لأجل إمكان موت الطّفل. وإنّما يتصوّر إذا لم تجب المحاسبة بما بقي من الرّضاع ولا وجب الخلف. وقد عارض **سحنون** ما وقع في **المدوّنة** من اشتراطه في صحّة هذا البيع اشتراط/ خلف الولد إن مات. وقال: هو لا يجيز اشتراط الخلف في استئجار الظئر إذا مات الولد، فكيف أجازه ها هنا؟ وأشار إلى أنّه أخرج هذا عمّا أصّل في الظئر لأجل الضّرورة المختصّة بهذه المسئلة.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى طريقة أخرى في الفرق. وذلك أنّ الغرر تبعاً لم يكن مقصوداً، فعفي عنه. وإذا كان منفرداً، صار مقصوداً فلم يسامح به. ألا ترى أنّ من اشترى لبن شاة شهراً جزافاً، فإنّه لا يجوز ذلك لما فيه من الغرر بقلّة اللّبن وكثرته. ولو اكترى ناقة ليحمل عليها شهراً واشترط لبنها، جاز ذلك لمّا كان اللّبن تبعاً لما اشترى الحَمْل عليها. وكذلك من اكترى داراً، وبها شجرة لم تزه ثمرتها، والثّمرة دون الثلث، فإنّ ذلك جائز. بخلاف اشتراء ثمرة هذه الشّجرة، انفرادها غير تابع للكراء، وكذلك شراء نخل فيها ثمرة لم تزه، لم يمنع منه. ولو أفرد الثّمرة بالشّراء بشرط التّبقية لمنع منه

وكذلك بيع جبّة، وقطنها مغيب، لا يمنع منه. وبيع قطنها خاصّة، وهو مغيب، لا يجوز.

فكذلك ما ذكرنا في مسئلة هذه الأمة رضاع الولد تبع للعقد عليها، فلم يمنع منه بخلاف العقد على لبن ظئر يرضع ولداً.

وأشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى حمل المسئلة على أنّ المراد بها أنّ الرّضاع غير مختصّ بعين الأمة ولا بعين الولد، بل هما مضمونان جميعاً، فلهذا أجاز ذلك. كما يجوز في الظّئر كون اللّبن مضموناً والرّضيع غير معيّن. واعتلّ لمنع

التّعيين ها هنا بأنّه يتضمّن التّحجير لكون مشتريها لا يقدر على التّصرّف المطلق فيها قبل انقضاء الرّضاع.

وأشار ابن **أبي زمنين**، حاكياً عن **سحنون**، إلى أنّ الغرر الّذي اقتضى عند **سحنون** منع بيع هذه الأمة على شرط رضاع الولد، إلى أنّ المشتري إن احتاج إلى الرّحلة بأمة اضطرّ إلى الرّحلة بولدها، لما جاء الشّرع به من منع التّفرقة بين الأمّ وولدها، وهو يتكلّف في الرّحلة مشقّة وإنفاقاً، وذلك غير معلوم، فوجب لأجل ذلك المنع.

وأشار بعض الأشياخ إلى أنّ هذا لو وقع في ولد البائع لا في ولد هذه الأمة، لفسد البيع، لما يتصوّرها هنا من التّحجير، لكون مشتري الأمة لا يمكنه أن يرحل بهما لما فيها من الشّرط، فصار عقد البيع فيها على تحجير. وأمّا ولدها فإنّه لا حقّ لأحد في أن يمنع من سفره، وهو يتبع أمّه حيثما كانت، ويمكّنها المشتري من ذلك ويعينها عليه. فلا يتصوّر التّحجير في هذا كما يتصوّر التّحجير في اشتراط رضاع ولد أجنبيّ منها. وقد ذكرنا عن **سحنون** أنّه إنّما يجيز هذا البيع إذا دعت إليه ضرورة، كبيع القاضي لهذه الأمة في تفليس سيّدها.

وممّا ينبغي أن ينظر فيه ها هنا أنّه قد تقرّر أنّ المفلّس إذا بيع ما يملك في التّفليس، لم يلزم أن يترك له نفقة نفسه وبنيه الصّغار المدّة الكثيرة. وهذه الأمة إذا بيعت في التّفليس بشرط القيام عن البائع بما وجب عليه من رضاع هذا الولد ونفقته، صار ذلك مضرّا بالغرماء ومتلفاً عليهم بعض ما استحقّوه من ماله/ . لكن الأظهر عندي ها هنا أن لا يجري هذا مجرى الإنفاق على ولده، فإنّ هذه جناية جناها قبل أن يستدين على هذا الصغير بإعتاقه قبل أن يحصل على القدرة على التكسّب، فلزمه عوض هذه الجناية. والمديان إذا ثبت عليه أرش جناية قبل أن يستدين ويفلس، لم يكن/ لغرمائه مقال في إسقاط حقّ المجني عليه في مال هذا المفلس، فهذا ممّا ينظر فيه.

فصـــل
يلحق بما كنّا قدّمناه من بيع الغرر

فمنه جمع السلعتين لرجلين، والمذهب في ذلك على قولين: منع منه **ابن القاسم** في/ القول المشهور عنه، وروي عنه إجازته. وأجازه **أشهب**. وقد حاول الشّيخ **أبو إسحاق** يخرّج[1] له قولاً آخر بالمنع من هذا. فقال حكي عن **أشهب** في **العتبيّة** أنّ رجلين إذا اشتريا من رجل واحد ثوباً وعبداً بدنانير معلومة، على أن يكون الثّوب لواحد منهما بعينه والعبد للرّجل الآخر، فإنّ ذلك إن نزل مضى وكان العبد والثّوب شركة بينهما. ومقتضى مذهب **أشهب** إمضاء هذا الّذي عيّنّاه في السلعتين، لأنّ قصارى ما فيه أنّهما تعاقدا على أن يأخذ أحدهما الثّوب بما ينوبه من الثّمن المسمّى، ويأخذ الآخر العبد بما ينوبه من الثّمن، وهو لا يَعُدّ العقدَ بما ينوب السلعة في هذا غرراً، فهكذا يجب أن يمضي ها هنا ما تعاقدا عليه. وهذا الّذي قاله قد لا يناقَض به أشهب، لأنّه يمكن أن يكون لم يتعرّض لعقد البيع، وإنّما تعرّض لحكم الشّركة، فرأى أنّ مقتضى أن يكونا شريكين في العبد والثّوب، على حسب ما عقدا عليه الشّركة في كون ما سمّيا من المال ثمناً للسلعتين جميعاً، فإذا خرجا عن مقتضى العقد التزما الانفصال في هذا المشترك، والمعاوضة فيه قبل أن يملكاه ويصيرا شريكين فيه، بطل ما تعاقدا عليه ممّا خالف مقتضى العقد، ولم يلزم التّفاصل في المشترك قبل حصوله في الملك.

فإذا أمكن أن يكون سلك هذه الطّريقة، فلا يلزمه أن يقول بمنع جميع[2] مالكين سلعتيهما في البيع.

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: أن يخرّج.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: جَمْع.

واعلم أنّ هذا الخلاف الّذي حكيناه عن المذهب ربّما انصرف إلى اختلاف أحوال. فإنّه قد تقرّر أنّ العقد بثمن معلوم جائز، كما أنّ العقد بثمن مجهول ممنوع. فإذا كان المالكان لهاتين السلعتين المختلفتين قد علم كلّ واحد منهما قيمة سلعته من قيمة سلعة صاحبه، وعلم ذلك المشتري، فإنّ الثّمن المدفوع عن السلعتين مقسوم على نسبة هذه القيم بعضها عن بعض. وإذا كان الأمر هكذا، صار الثّمن معلوماً، وكأنّهما اشتركا في السلعتين قبل أن يبيعاها. ولو اشتركا فيها قبل البيع لجاز ذلك، فكذلك يجب أن يجوز ما هو في حكم الإشتراك.

وأمّا إذا لم يعلم كلّ واحد منهما قيمة سلعته من قيمة سلعة صاحبه، فإنّه يتصوّر ها هنا الجهالة في الثّمن من جهة من باع ومن اشترى.

فأمّا تصوّرها من جهة المشتري، فإنّه متى وقع استحقاق في أحد[1] السلعتين، **لم يدر المقدار الّذي يرجع به** على من باعها منه إلاّ بعد استئناف تقويم، فتقرّرت/ من هذه الجهة جهالة من جهته.

وأمّا من جهة البائعين السلعتين، فإنّ كلّ واحد منهما لا يدري ما يحصل له من الثّمن الّذي سمّياه، فيصير هذا كبيع بثمن مجهول وذلك لا يجوز.

وأمّا أصحاب المذهب الثّاني فإنّهم يرون الإستحقاق طارٍ، والطّواري لا تراعى مراعاة/ تفسد العقود. ألا ترى كلّ من باع سلعة يجوّز البائع والمشتري أن تستحقّ هذه السلعة، فيجب ردّ النّقد وهذا التّجويز لم يمنع من صحّة البيع باتفاق، فكذلك ها هنا. وأيضاً فإنّ المالك الواحد يجوز أن يستحقّ إحدى سلعتين مختلفتين باعهما، فيؤدّي الإستحقاق إلى جهالة أيضاً، كما صوّرنا في السلعتين لمالكين، ثمّ لم يمنع المالك الواحد من جمع سلعتين لأجل هذا، فكذلك المالكان.

وأمّا ما صوّرناه من الجهالة من جانب كلّ واحد من البائعين من كونه لا

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: إحدى.

يعلم مقدار ما باع به، فإنّ له طريقاً إلى العلم بذلك إذا احتاج إليه وهو تقويم سلعته عند الحاجة إلى قسمة الثّمن وقد كان الثّمن معلوماً جملته/ حين العقد، فلا يؤثّر ما يطرأ على هذا بعد صحّة العقد من جهالة.

وقد أجيز في أحد القولين لمن اشترى سلعاً من مالك واحد، فاستحقّ أكثرها أن يتمسك بما بقي بحصّته من الثّمن، وإن كانت حصّته لا تعلم إلاّ بعد تقويم، ولم يمنع من الإستمساك لكون ثمن ما استمسك به مجهولاً لمّا كان أصله معلوماً.

وكذلك أجيز لمن اشترى سلعة فاطّلع على عيب قديم، وقد حدث عنده عيب، أن يختار التمسّك بالسلعة وأخذ قيمة العيب، مع كونه لمّا اختار التمسك، يتمسّك بثمن مجهول.

وبعض الأشياخ يرى هذه المسائل جارية على أسلوب واحد وربّما تفاوتت عندي في الجهالة، لأنّ ما ذكرناه في مسئلة الرّدّ بالعيب لا ينفكّ المشتري عن جهالة له، إن استمسك أو ردّ قيمة العيب، إلاّ أن يمنع من ذلك حتّى يعلم حقيقة ما استمسك به وحقيقة ما يرد.

ومسئلة الإستحقاق لمّا خيّر بين الرّدّ وبين القبول فاختار القبول، فإنّه يمكن أن يقدّر أنّ الّذي اختار هو الحكم اللاّزم بناء على إحدى الطّريقتين فيمن خيّر بين شيئين فاختار أحدَهما، فإنّه لا يقدّر كالمالك لِمَا لم يختر، ولا كالمنتقل عنه، وكأنّه ما ملك إلاّ ما اختار. والجامعان بين سلعتين ومشتريهما قد وقعوا في جهالة في ابتداء العقد. وهذه الجهالة تتصوّر إذا علم البائعان والمشتري منهما كون البيع انعقد على أنّ البائعين ليسا بمشتركين. وأمّا لو اعتقد المشتري أنّ السلعتين لأحدهما، يجري ذلك على الإختلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد.

ولو باع المالكان هاتين السلعتين في عقد واحد واشترط مشتريهما أنّ أحدهما حميل لصاحبه، فإنّ ذلك يفسد البيع، لإمكان أن يكون يستحقّ سلعة

فصـــل آخر

ذكر في هذا الكتاب في **المدوّنة** في بعض أحكام الصُّبر. وقد كنّا نحن قدّمنا الكلام على أصول من أحكامها في كتاب السلم. فاعلم أنّ بيع الصّبرة يكون على أنحاء، منها:

أن تباع الصبرة المرئيّة المشاهدة بجملتها على غير الكيل. وقد تقدّم الكلام على ذلك، وذكرنا جوازه، لأجل أنّ الغرر في القمح وأمثاله ممّا في معناه من مكيل أو موزون للعلم بالمبلغ لا عين آحاده، والعلم بمبلغه ممّا يتعذّر الوقوف على حقيقته، لكنّه لمّا تقدّر ذلك عدل فيه إلى الظّنّ.

ومنها أن تباع الصبرة على أنّ كلّ قفيز بدرهم، فهذا أيضاً يجوز، وإن كان الوقوف على منتهى الثّمن لا يعلم، لكنّ العلم به مستند إلى تجميل هذا التّفصيل من الأقفزة فيعلم من ذلك مبلغ الثّمن

ومنها أن يباع جزء من الصّبرة، كربعها أو ثلثها، فيجوز ذلك، لأنّ جزءها إذا سمّي / يشبه منها حدس على مبلغه كما يحدس على مبلغ جميعها[1].

ومنها أن يقول: أبيعك من هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم. فإنّ هذا قد منع من أصحاب **الشّافعي**، ورأى أن «مِن» ها هنا يقتضي التّبعيض، فكأن المراد: أبيعك بعض هذه الصبرة على أنّ كلّ قفيز من هذا البعض بدرهم، و البعض غير معلوم مقداره، لا يقيناً ولا تخميناً، فوجب المنع، كما نمنع نحن كراء الدّار مشاهرة لكون المبلغ غير معلوم وهذا الّذي قالوه في الصّبرة صحيح إن كان مراد المتعاقدين بلفظة «مِنْ» ها هنا التّبعيض. وأمّا إن كان المراد بها بيان الجنس،

(1) معنى ذلك: يشبه حدسه حدس مبلغ جميعها.

والمقصد أنّي أبيعك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم، فإنّ ذلك غير ممنوع كما قدّمنا.

ومنها أن يقول أنا أبيعك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم على أنّي أزيدك قفيزا من قمح رأياه وشاهداه، فإنّ هذا اختلف فيه أصحاب **الشّافعي**. فمنهم من منع من هذا البيع لِمَا تضمّنه عنده من الجهالة من كون التّقدير أنّي أبيعك قفيزا بدرهم ومعه شيء لا يدري مبلغه، لكون القفيز المتوسط زيادته تتقسط على سائر الأقفزة المكيلة من الصّبرة. وإذا وجب تقسيطه على ذلك، فكأنّ البائع قال: أبيعك كلّ قفيز من هذه الصّبرة ومعه شيء من القفيز المشترط زيادته، ومقدار هذه الزّيادة على كلّ قفيز لا يعلم، وإذا كان المبيع/ غير معلوم لم يصحّ العقد. ومن أصحاب **الشّافعي** من أجاز ذلك/ ، ورأى أنّ الصّبرة إنّما جاز العقد عليها لكون ما فيها من الأقفزة، وإن لم يعلم مبلغه فإنّه مظنون، وإذا قام الظّنّ ها هنا مقام العلم، فلو علمت الأقفزة وعددها لتُصوِّر العلم بقدر ما يزاد على كلّ قفيز من أقفزة الصّبرة من هذا القفيز المشترط زيادته عليها.

واتّفق أصحاب **الشّافعي** على أنّه لو قال: أبيعك هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم على أن أنقص منها قفيزا، أنّ ذلك جائز[1]، لكون هذا الاشتراط يؤدّي إلى جهالة.

واعلم أنّا كنّا قدمنا أنّ المذهب عندنا على قولين في جواز العقد على صبرة من قمح ومعها مكيل من الطّعام من جنسها أو من غير جنسها أو معها ثوب أو عبد. فقيل بالمنع من ذلك، لأنّ جواز بيع الصّبرة كالرّخصة، والرّخصة لا يتعدّى بها بابها. وإذا أضفنا إلى الصّبرة وهي مجهولة المقدار مقداراً معلوماً، غيّرنا الرّخصة، وربّما تعدّينا مرتبة الغرر الّذي سامح به الشّرع، لكون هذا المعلوم قد يؤثّر زيادة رغبة في الصّبرة، وقوّة فيما ضمّن فيها من المكيل، أو يحدث ضعفاً في ذلك.

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: غير جائز.

وهذه المسئلة الّتي نقلناها عن أصحاب **الشّافعي** ربّما لاحظت هذه المسئلة الّتي ذكرنا أنّ المذهب على قولين من جهة أنّ القفيز المشترط زيادته معلوم مقطوع بحصوله. والأقفزة الّتي في الصّبرة ما يعلم عددها على التّحقيق بل بالحدس والتّخمين، فصار هذا الاشتراط فيها كجزاف أُضيف إليه مكيل.

وقد يَخرُج عن هذه المسئلة الّتي ذكرناها عن المذهب، لكون الصّبرة انتقلت عن حكم الصّبر، لمّا بيعت على الكيل، وإن كان منتهى الكيل لا يعلم عدده على الحقيقة، فإنّها تكون كمعلوم أُضيف إلى معلوم، لمّا كان الوقوف على هذه الأقفزة يمكن عقيب العقد. ويجري ذلك مجرى من باع ثوباً مرابحة على أنّ لكلّ عشرة من ثمنه ديناراً، والثّمن يذكر بعد ذلك. ولعلّنا أن نبسط القول في هذا في كتاب المرابحة إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر في هذا الكتاب من **المدوّنة** جواز بيع الصّبرة على أنّ فيها مائة قفيز، فإن لم يجد فيها العدد الّذي سمّيا، اعتبر في النّقص هل هو قليل فيلزمه الباقي من الجملة؟ أو كثير فلا **يلزمه ذلك**[1]، **أجري مجرى** الطّعام إذا استحقّ بعضه؟ وظاهر هذا/ أنّه لا يشترط في جواز هذا البيع أن يكون العدد الّذي سمّياه يتحقّق أنّه حاصل في الصّبرة.

وبعض أصحاب الشّافعي اشترط هذا في جواز البيع، فإنْ أمر المشتري البائع أن يكتال هذا العدد، وغاب عنه، وزعم أنّه اكتاله، وضاع بعد كيله، فقد مضى في كتاب السلم ما قيل في تصديقه في ذلك إذا لم تقم بيّنة على أنّه اكتال ذلك. ولو أقام البيّنة على صحّة ما يقول وأنّه اكتال العدد الّذي سمّي في أصل البيع، لسقط الضّمان عنه، لكونه ـ وكيلاً للمشتري على الكيل. لكنّه لو وجد فيما اكتاله نقصاً كثيراً بين العدد الّذي سمّى، مثل أن يجد في الصبرة عشرة أو[2]

---

(1) المدونة ج3 ص 219.

(2) هكذا في النسختين.. ولعل الصواب: مِن.

=

ثلاثين/ قفيزا حتّى يكون للمشتري الرّدّ لفقد أكثر ممّا[1] اشتراه، وقامت على ذلك بيّنة، فإنّه لا يسقط عنه الضّمان في المقدار الّذي اكتاله. بخلاف لو اكتاله المشتري وقبضه فتلف بعد قبضه، أو غصب (ذلك منه، وثيقة الصّبرة)[2]، فإنّه ها هنا يضمن المشتري ما اكتاله. وإنّما فرّق بين الأمرين وإن كان البائع وكيلاً للمشتري على ما اكتال ويد الوكيل كيد الموكّل، لأجل أنّه حمل البائع على أنّه لا يكاد يخفى عنه ما في صبرته. وإذا كان ذلك لا يخفى عنه، فهو متعدّ في كيل ما اكتال، مع علمه أنّ الصّفقة لا تلزم المشتري، فصار بتعدّيه فيما وكّل عليه ليس بوكيل للمشتري. بخلاف أن يكتاله المشتري بنفسه، فإنّ ذلك يسقط الضّمان عن البائع، لكون المشتري قبض ما قبض بحكم كيله لِمَا استحقّه، والبائع اكتال ما اكتال بحكم وكالة تعدّى فيها ما أذن له فيها الموكّل. لكن لو ظهر أنّ البائع غير متعدّ، مثل أن يكون ورث هذه الصّبرة وهي على مكان مرتفع يظنّ أنّ فيها ما عقد البيع عليه من العدد فاكتال ما هو الأقلّ من العدد، فإنّ ما اكتاله سقط ضمانه، لكونه اكتال ذلك لوكالة المشتري من غير تعدّ فيما وكّل عليه. إلى هذه الطّريقة في الفرق أشار بعض الأشياخ.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: ما.

(2) هكذا في النسختين.

فصـــل
في مسائل ذكرت في كتاب البيوع الفاسدة من المدوّنة

فمنها حكم المعادن ومن يحكم فيها. وهي إذا لم تكن مملوكة لرجل بل من حقوق سائر المسلمين، كان النّظر فيها للإمام الّذي أقيم في الشّرع للنّظر في الحقوق العامّة لجميع النّاس/ . وإن كان المعدن ظهر في أرض مملوكة لرجل بعينه، ففيه قولان، هل يكون الحكم فيه لصاحب الأرض بناء على أنّ من ملك ظاهر الأرض، ملك باطنها. أو الحكم فيه إلى الإمام بناء على أنّ مالك ظاهر الأرض لا يملك باطنها.

والمعدن إذا قطعه الإمام لأحد من النّاس يعمل فيه، فأدرك نيلاً، فإنّه لا يباع لكون النّيل لا يعلم مقداره ولا يحاط به، وبيع هذا غرر، والغرر ممنوع في البيع. لكنّه إن مات بعد أن وصل إلى النّيل، فإنّ في كلام **ابن القاسم** في هذا احتمالاً. ورأى بعض الأشياخ أنّ القياس يقتضي كونه موروثاً.

وهذا الّذي أشار إليه صحيح إذا كان النّيل قد صار في حكم ما قبض عامل المعدن وحازه. وأمّا إذا لم يتحصّل على هذه الصّفة، فإنّ في المذهب قولين، في[1] إذا مات العامل في المعدن وقد عمل فيه ولكنّه لم يدرك النّيل، هل يكون ورثته أحقّ بها[2] في العمل حتّى يصلوا إلى النّيل، لكون العامل فيه الّذي ورثوه قد تكلّف فيما مضى من العمل مشقّة وخسارة استحقّ من أجلها إكمال العمل لئلاّ يذهب عمله باطلاً، وإذا استحقّ ذلك وُرِث عنه ما استحقّه، كما يورث

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: فيما.
(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: به.

عنه/ سائر أمواله وحقوقه. أو يقدّر أنّ هذا إنّما قُطع مِنه يتحصّل من نيل، ولم يملك إلا ذلك. فإذا مات قبل وجود الشّرط الّذي شرط له في التّمليك، لم يملك شيئاً فيورث عنه/.

وذكر أيضاً في هذا الكتاب أنّ من له أرض فيها غدير أو بركة فيها سمك، فإنّه لا يمنع النّاس منه. وتأوّل بعض الأشياخ على أنّ الأرض ليست بمملوكة له، لأنّها لو كانت مملوكة له لكان له أن يمنع النّاس ما فيها، كما له أن يمنع ماء بئر احتفره في داره لنفسه، أو ماجن احتفره في دار نفسه. ولكنّه إنّما أراد أنّها أرض خراج سلّمت لرجل ليعمل فيها ويؤخذ منه الخراج والّذي فيها لم يملكه، فلم يكن له منع ما لم يملكه. وإنّما أُضيفت الأرض إليه إضافة اختصاص وولاية حيازة لا إضافة ملك.

وتأوّل غيره من الأشياخ أنّ الأرض مملوكة لهذا، ولكنّه لا يتصيّد ما فيها، ولا يمكنه بيع، لأنّ بيع ما فيها لا يجوز، لكونه لا يحاط به. فإذا لم تكن له منفعة في هذا السمك بتصيّد، ولا في ثمنه ببيع، كان منعه ممّا يفيد النّاس من غير ضرر به، ولا فائدة فيه، من الإضرار بالمسلمين من غير سبب **يقتضي ذلك**. **وقد** ورد **الشّرع** بالأمر للمالك أن يأذن في مثل هذا، كما ذكر في الحديث/ **أنّه «لا يحلّ لأحدكم أن يمنع أخاه أن يغرز خشبة في جداره»**[1]. وإن كان قد اختلف في مثل هذا، هل يجبر عليه من امتنع منه؟ أم لا يجبر عليه، وإنّما يندب إليه؟ وقد نُهي من له أرض أنبتت كلأً لا حاجة به إليه في رعي ولا بيع أن يمنع النّاس منه، لأنّه من الإضرار بالنّاس من غير غرض صحيح له في هذا الإضرار. فكذلك المنع من هذه الحيتان الّتي ذكرها في مسئلة هذا الكتاب.

وذكر في هذا الكتاب من **المدوّنة** أيضاً فيمن كانت له مواشي شأنها أن تعدوَ على زراع النّاس، فإنّها تباع عليه إذا لم يمنعها من إفساد الزّرع، وتُغرَّب إلى أرض لا زرع فيها. وينبغي إذا بيعت لأجل هذا أن يبيّن للمشتري هذا السبب

---

(1) متفق عليه. ينظر: التمهيد: 10/216 ـ 235 لضبط مختلف روايات هذا الحديث.

الّذي بيعت من أجله، لئلاّ يبيعها هو من أرض بها زرع، فلا يجدي بيعها منه فائدة. ويكون هذا أيضاً عيْباً فيها دُلِّسَ عليه. وإن اشتراها وقد علم هذا العيب منها بيعت عليه كما تباع على الأوّل.

وإذا علم مالكها بإفسادها للزّرع وغيره، وقدم[1] إليه فلم يصنها ليلاً ولا نهاراً، فإنّه يضمن ما أفسدت بليل أو نهار. ويكون بإهمالها كمن تولّى إتلاف ما أفسدت بنفسه فيضمنه، وإن كثر، بخلاف جنايات عبيده، فإنّه لا يلزمه القيام عنهم بقيمة ما أتلفوه، على ما سيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله.

وأمّا إذا كانت هذه المواشي ليس من شأنها أن تعدو في زراع النّاس فعدت على زروعهم، فإنّ مالكها يضمن ما أصابت ليلاً، لأجل أنّ على أربابها صيانتها باللّيل لكونهم يقولون حفظها[2] لأنفسهم ولئلاّ يؤذي النّاس ولا حاجة بهم حينئذ إلى تسريحها، فضمنوا ما تلف/ بسبب إهمالهم لما لزمهم أن يصونوه ويحفظوه من مواشيهم. فإذا كان إفسادها نهاراً، فإنّ بهم حاجة إلى تسريحها للرّعي، وأرباب الزّرع حينئذ أيْقاظ يمكنهم حفظ زراعهم وطرد المواشي عنها، فإن لم يفعلوا صاروا هم كالمتلفين لزروعهم. وأصل هذه الموازنة بين الضّررين. وقد اختلف حكم اللّيل والنّهار لمّا وازن بين الضّررين على حسب ما نبّهناك عنه.

وقد اختلف على قولين في قرية أراد بعض أهلها أن يتّخذ فيها حماماً أو نحلاً، وهو إذا اتّخذها، أضرّت ببعض ما تنبته النّاس فيها، هل يمنع من اتّخاذ هذه الحمام والنّحل لكونه منعه من ذلك الضّرر فيه أخفّ من الضّرر في منع الآخرين من الإنتفاع بما/ أنبتوه من شجر وغيره؟ أو يباح اتّخاذ ذلك فيها، ويؤمر الآخرون بطرد هذا الّذي يضرّ بهم عن ثمارهم لكون هذا الضّرر الّذي تكلّفوه من طرد هذا الطّير أخفّ من منع أولئك من أن يتّخذ في أملاكهم ما ينتفعون به؟

---

(1) أي: وتُقُدِّم إليه في منعها.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: يقومون بحفظها.

وقد ذكر **ابن سحنون** أنّ الحديث الوارد فيما / أفسدت المواشي من الزّراع من كون أرباب المواشي يضمنون ذلك نهاراً ولا يضمونه ليلاً[1]، ليس على عمومه، وإنّما المقصود به مدينة النبي، عليه السلام، وأمثالها ممّا لمزدرعاتها حيطان وحصائر تحصر بها، فيصير أهلها بما فعلوه من تحضير قد بذلوا الجهد في صيانة أموالهم. وأمّا ما كان مهملاً غير محضر قال: كزرع السواحل، فإنّ أرباب المواشي يضمنون ما أصابت ليلاً أو نهاراً، لكون أهلها لم يتولّوا صيانتها بالتّحضير عليها، وإنّما عوّلوا على ما أوجبه الشّرع من تحريم إفساد مال المسلم والتّسليط عليه. فإذا أتوا، أربابُ المواشي، شاهدوا الزّرع غير محضر عليه علموا أنّ مواشيهم إن سرّحوها أفسدت الزّراع، فإذا سرّحوها ولم يمنعوها من الإفساد، صاروا هم المفسدين للزّراع. والّذي قدّمناه لك من التّنبيه على المُوازنة بين الضّررين هو المعتمد عندي في هذا الباب.

وذكر في **المدوّنة** أنّ من وصّى في مرضه أن يشتري عبد ولده بثمن لم يحاب فيه، أنّ ذلك نافذ. وكذلك إذا أوصَى أن يبتاع عبداً من ولده بقيمته ولم يحابه، والمحاباة ها هنا تعتبر في القيمة، وتعتبر في عين العبد، فإنّه لا تنفذ وصيّته إذا أوصى أن يباع منه عبد من خيار عبيده ممّا يتنافس فيه الورثة ويشحّون عليه لعينه. وهذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو وصّى أن يباع عبده من ولده، جرى الولد ها هنا مجرى الأجنبيّ، لكون هذه الوصيّة لا منفعة للولد فيها، وإنّما منفعتها للعبد الموصى بعتقه. ولو قال: اشتروا عبده للعتق، لكان في ذلك اختلاف، لكون الولد يزاد على القيمة، فيصير انتفاعه وصيّة لوارث. أو يقدّر/ أنّ القصد إعتاق العبد وخروجه من ملك الولد وتنفيذ الوصيّة. ولعلّنا أن نبسط هذا في موضعه، إن شاء الله تعالى. ونشير إليه أيضاً في كتاب النّكاح إذا زوّجه ابنته في مرضه، وحمل عن الزّوج

(1) حديث الموطأ في ناقة البراء بن عازب يقتضي أن الضمان فيما أفسدته المواشي على أربابها ليلاً لا نهاراً. انظر الموطأ: الحديث 2177.

صداقها، فإنْ هذا الحمْل أيضاً فيه اشتراك بين ابنته، وهيَ وارثة، وبين زوجها، وهو غير وارث.

وذكر في **المدوّنة** من باع سلعة ورقم عليها ثمناً[1] أنّ **مالكاً** شدّد الكراهة فيه، واتّقى فيه وجه الخلابة. ومعنى الخلابة الّتي أشار إليها ها هنا أنّه إذا رقم على السلعة ثمناً ليس هو الثّمن الّذي اشتراها به، وباعها مساومة أو مرابحة بثمن دون ما رقم عليها، فإنّ في هذا تغريراً بالمشتري وخلابة وخداعاً، لأنّه قد يظنّ أن الّذي أرقم عليها هو الّذي اشتراها به لكنّه حطّ منه على جهة الغلط منه، ولضرورة دعته إلى ذلك. والتّدليس والتّغرير في البياعات ممنوع.

نجز كتاب البيوع الفاسدة والحمد للّه

(1) في المدنية: ثمنها.

كتاب بيع الخيار

بسم اللّه الرحمان الرحيم
وصلّى اللّه على سيّدنا محمّد وعلى آله وسـلّم

كتاب بيع الخيار

قال القاضي أبو محمّد قدّس الله روحه في فصل تكلّم فيه على بيع الخيار، فقال:

وليس خيار المجلس من مقتضى العقد، ومجرّد القول المطلق كافٍ في لزومه. ويجوز شرط الخيار لمن شرطه من المتعاقدين ولهما[1]. ثمّ لمن يثبت[2] له أن يمضي أو يفسخ. ولا حدّ في مدّته إلاّ قدر ما يختبر المبيع في مثله، وذلك يختلف باختلاف أنواع المبيعات، فإنّ عين[3] مدّة تحتمل/ ذلك، جاز. وإن أطلقها[4] ضرب له[5] خيار المثل.

وإذا اختلفا في الرّد والإمضاء. فالقول قول مختار الرّدّ.

ويقوم الوارث فيه مقام الموروث[6].

ويحكم بالإمضاء في كلّ تصرّف يفعله المالك في ملكه لا يحتاج في اختيار المبيع إليه، وذلك كالوطء والإستمتاع بما دونه، والإعتاق والتّدبير

---

(1) في الغاني: أوْلهما.

(2) في الغاني وفي غ: ثبت.

(3) في الغاني وفي غ: عيّنا.

(4) في الغاني وفي غ: أطلقا.

(5) (له) ساقطة في الغاني وغ.

(6) هكذا في جميع النسخ. ولعل الصواب: المورّث.

والكتابة، وتزويج الأمة والعبد، وغير ذلك ممّا في معناه. وتلفه من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما، ومن المشتري إن كان في يده وكان ممّا يغاب عليه.

قام الإمام رحمه اللّه: يتعلّق بهذا الفصل خمسة عشر سؤالاً منها أن يقال:

1 ـ لِمَ أسقط خيار المجلس مع ورود الحديث الصحيح به؟

2 ـ وهل بيع الخيار أصل في نفسه أو رخصة خارجة عن الأصول؟

3 ـ وهل يجوز الخيار لكلّ واحد من المتبايعين أو لأحدهما؟

4 ـ وهل الخيار المشترط محدود في الشرع؟

5 ـ وهل يجوز اشتراط النّقد في بيع الخيار؟

6 ـ وهل للمشتري بالخيار أن يفسخ العقد والبائع غائب؟

7 ـ وهل يجوز عقد البيع على رجل ثالث غير المتعاقدين؟

8 ـ وما حكم وكيل وُكِّل أن يشتري على البتّ فاشترى على الخيار؟

9 ـ وما الأفعال الدّالّة على/ الإجازة أو الرّدّ؟

10 ـ وما حكم ولد الأمة المبيعة على خيار؟

11 ـ وما حكم اختلاف المتعاقدين في الخيار؟

12 ـ وما حكم الضّمان في المبيع على خيار[1]؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: اختلف النّاس في البيع بماذا، ينعقد؟ فذهب **مالك** و**أبو حنيفة** إلى أنّه ينعقد بمجرّد القول، وإن لم يقع بعده افتراق. وليس لأحد المتبايعين فسخ البيع بعد انعقاده بالقول ولو كانا في مجلسهما.

---

(1) سقط في النسختين الأسئلة (13) (14) (15)، وحسب ما ورد في الأجوبة عنها، يقرب صوغها كما يأتي:

13) ما حكم الضمان في السلع إذا اختلطت على المشتري وتعدد البائع؟

14) ما حكم بيع الخيار، والضمان فيه، إذا كان المبيع متعدداً؟

15) ما هي الوجوهُ التي تمنع في اشتراط التخيير في التعيين.

وذهب **الشّافعي** إلى أنّه إنّما ينعقد انعقاداً ليسَ لأحد المتعاقدين فسخه إذا افترقا بالأبدان بعد انعقاد البيع باللّفظ.

وبما قاله **الشّافعي** قال خمسة من الصحابة رضي الله عنهم: **علي وابن عبّاس وأبو برزة الأسلمي وأبو هريرة** وقال به **ابن عمر** ورواه عن النبيّ ﷺ.

وقال **مالك** في **الموطّأ**: حدّثني **نافع** عن **ابن عمر** أنّ النبيّ ﷺ قال: (**المتبايعان كلّ واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلاّ بيع الخيار**)[1].

ورواه غير **مالك** عن ابن **عمر** وغيره. ولكن وقع في الروايات زيادات. فوقع في بعضها: (**ما لم يفترقا من مكانهما**)، ووقع في بعضها: (**ولا يحلّ له أن يفارقه خشية أن يستقيله**)[2]، وفي بعضها (**ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر**)[3]، ووقع في بعضها (**فإذا افترقا وجب البيع**).

وهذه الألفاظ الّتي زادها بعض الرّواة قد يتعلّق بها فوائد، فلهذا أوردناها. وينبغي أن نقدّم الأهمّ وهو النّظر فيما ندافع به هذا الحديث قبل أن نخوض في الأقيسة.

فاعلم أنّه قد ذكر[4] أكثر النّاس الخوض في هذا الحديث وتشاغلوا بالنّظر في مدافعته. ولو عددناهم وذكرنا اختلاف مراميهم لاتسع الأمر. ولكن محصول ما يشترون أنّ مدافعة هذا الحديث يكون بوجهين:

إمّا ادّعاء نسخه،

وإمّا النّظر في تأويله واحتماله.

وقد سلك أصحابنا هاتين الطّريقتين، فزعم **أشهب** أنّه منسوخ. وتابعه على هذا غيره من أصحابنا **عبد الملك وابن المعدل**، وأشار إليه **أبو الفرج** أيضاً. وذكر **أشهب** أنّ النّاسخ له قوله عليه السلام «**إذا اختلف المتبائعان**

(1) فتح الباري ج5 ص 232

(2) فتح الباري ج5 235 رواه أبو داود

(3) سنن البيهقي ج5 269

(4) هكذا في النسختين، والأولى حذفها.

استحلف البائع». فلو كان له الفسخ في المجلس، لم يكن في استحلافه إذا خولف في الثّمن فائدة. وأشار **مالك**، رضي اللّه عنه، إلى هذه الطّريقة في **الموطّأ**، فذكر حديث **المتبايعان بالخيار**. ثم عقبه بأنّه **بلغه أنّ النبيّ ﷺ/ قال: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادّان»**[1]. فأشار إلى ما تعلّق به **أشهب** من هذا الحديث.

وأشار غير **أشهب** من أصحابنا ممّن ذكرنا أنّه سلك مسلكه في ادّعاء النّسخ إلى الإستدلال على حصول النّاسخ من غير تعيينه. فذكر أنّ هذا ممّا يتكرّر. ولم ينقل عن أحد/ من العلماء الماضين الّذين يُنتهَى إلى قولهم، ويحكَّمون في هذا أنّه أثبت هذا الخيار ولا قضى به. ولو كان ذلك لنقل واشتهر. فلمّا لم ينقل ولم يشتهر دلّ ذلك على أنّ الحديث منسوخ. واكتفوا عن ذكر النّاسخ بكون العمل مضى بخلاف هذا الحديث. وقد يشير كلام **مالك** رضي الله عنه، إلى هذا المعنى أيضاً. وذلك أنّه قال في **الموطّأ**: **وليس لهذا عندنا حدّ ولا أمر معمول به**[2].

على أنّ أصحابنا اختلفوا على قولين في تأويل هذا الكلام:

فقال بعضهم: المراد به نفي التحديد عن الخيار المشترط في أصل العقد، والتّنبيه على مخالفة **أبي حنيفة والشّافعي** في ذهابهما إلى أنّ اشتراط الخيار من كلّ مبيع لا يجوز أن يكون أكثر من ثلاثة أيّام. بل يختلف عنده الأجل المشترط في هذا باختلاف أصناف المبيعات، على حسب ما نذكره / إن شاء الله تعالى.

ومنهم من ذهب إلى أنّ مراده بهذا أنّ خيار المجلس لم يرد فيه تحديد بوقت معلوم. قال **ابن المعدل**: لم يرد بهذا الطّعن في الحديث، وإنّما أراد به أنّه لو كان هذا أمراً معمولاً به لتشاغل النّاس بتحديد هذا المجلس وتوقيت لزوم البيع. وقال **المعامي**: قد نهى عليه السلام عن بيع الحصاة، وهي لزوم البيع إذا

---

(1) الموطأ: ح: 1960 ـ التمهيد: 24: 290.

(2) الموطأ: 2: 201 تحقيق عواد.

وقعت الحصاة من يده، ووقت وقوعها من يده مجهول، فكذلك يجب أن يكون خيار المجلس إذا علق انعقاد البيع فيه على أمر مجهول وقته، وينبغي أن يمنع كما منع بيع الحصاة.

ومنهم من أشار إلى الإستدلال بالعمل من طريقة أخرى. فقال **يحيى ابن أكثم**: قد أجمع المسلمون على أنّ المشتري لا يجوز له إذا اشترى شيئاً على أنّ الخيار فيه للبائع، أن يتصرّف فيه تصرّفاً يتلفه. ثمّ اتّفقوا على أنّ المشتري من الساقي ما يشربه، أو المشتري طعاماً يأكله له أن يشرب الماء ويأكل الطّعام، وإن لم يفارق من باع ذلك منه. ولو كان لبائع الماء والطّعام خيار في فسخ ذلك، لحرم على المشتري شرب هذا الماء وأكل هذا الطّعام.

وسلك غيره هذه الطّريقة معتمداً فيها على ظاهر القرآن، فقال: قال اللّه جلّ ذكره ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً . . . ﴾[1] الآية. والتّجارة تحصل بعقد البيع باللّفظ وإن لم يفترق المتبايعان. وهذا الظّاهر يقتضي إباحة الأكل حينئذ. فلو كان الخيار للبائع ما أُبيح الأكل. وعلى هذا الأسلوب يجري الإستدلال بأنّه عليه السلام **نهى عن بيع الطّعام قبل أن يستوفى**[2]. فدلّ ذلك على أنّه إذا استوفي، جاز بيعه وإن لم يفترق المتبايعان. ولو كان الخيار للبائع / لم يجز للمشتري أن يبيع طعاما الخيار في فسخه.

وعلى هذه الطّريقة من الإستدلال يستدلّ بقوله عليه السلام: «**من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع**»[3]. فاقتضى هذا كون المشتري يملك هذا المال بمجرّد اشتراطه وإن لم يفارق بائعه، والملك لا يحصل إلاّ بعد انبرام البيع وانعقاده.

---

(1) سورة النساء: 29.

(2) فتح الباري: 5: 246.

(3) الدارمي 2: 253 ـ أخرجه البخاري ومسلم والبيهقي: السنن الكبرى 5: 324.

وقد استدلّ أيضاً بقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1]/ . فلو كان لكلّ واحد من المتبايعين فسخ العقد قبل الإفتراق، لم يكن للإشهاد فائدة. وهذا نحو ما ذكرناه من الاستدلال الّذي أشار إليه **مالك وأشهب** بحديث **اختلاف المتبائعين في الثّمن**. وأنّه لو كان لكلّ واحد منهما خيار في فسخ البيع **ما** دام[2] بالمجلس، لم يكن لاستحلاف البائع فائدة / .

ومن النّاس من أشار إلى دفع هذا الحديث باستحالة هذا الشّرط في بعض المواضع. فقال **أبو حنيفة**: أرأيت لو كانا في سفينة؟. وقال غيره: لو وقف انعقاد البيع على الافتراق بالأبدان، لم يصحّ أن يَعْقد الإنسان بيعاً على[3] من هو في ولاية[4] لمن هو في ولاية[4]، أو يبيع شيئاً من ماله لمن هو في ولائه[4] لاستحالة أن يفارق الإنسان نفسه.

ومنهم من يشير إلى الإستدلال بقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[5] .

هذه جملة ما يتعلّق به أصحاب هذه الطّريقة. فاعلم أنّهم إن[6] تعمّقوا في معانيهم، فإنّهم لم يُصَب شيء من مراميهم. والإنصاف يمنع من أن يكون يُترك حكمُ مسئلة من النبيّ ﷺ من كلام أورده مختصّاً بها (معلّقاً حكمها من)[7] كلام آخر قصده ببيان معان أُخر لا تدخل هذه المسئلة فيها إلاّ بحكم العَرض أو الاتفاق أو دعوى عموم بَعُدَ ادّعاؤُه. وجميع ما أوردناه عن أصحاب هذه الطّريقة هذا شأنهم فيه. كيف يتعلّق بنهيه عليه السلام عن بيع الطّعام قبل أن يستوفى،

(1) سورة البقرة: 282.
(2) وفي النسختين: ما دام.
(3) هكذا في النسخة. والصواب: ممنّ.
(4) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: في ولايته.
(5) سورة المائدة: 1.
(6) هكذا في النسختين: ولعل الصواب: أنهم وإن تعمقوا.
(7) المعنى واضح، وإن كان التعبير قلقا.

والغرض بيان الشّرط الّذي يجوز معه البيع وهو الإستيفاء. والبيع يقع غالباً بعد الإستيفاء والإفتراق. فحمْله على المقصود بيانه أو الغالب اعتياده يمنع من أخذ حكم خيار المجلس منه. هذا ولو ادّعينا عمومه كيف يُعدَل عن لفظ يختّص بالمسئلة إلى لفظ يعمّها ويعمّ تغيرها، مع كون هذا مخصّصاً للعموم؟! وهكذا التعلّق باختلاف المتبايعين في الثّمن وحكم مال العبد، إلى غير ذلك ممّا ذكرناه من آي القرآن القصد بها بيان ما نزلت فيه من إباحة التّجارة على الجملة والتوثّق بالإشهاد خوفاً من التّجاحد بعد الإفتراق أو من الاختلاف في الثّمن قبل الإفتراق، إلى غير ذلك ممّا يعلم ممّا نبّهناك عليه. /

وأمثلها التعلّق بقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾. ولكن هذا عموم في كلّ عقد. وحديث / **ابن عمر** خاص في هذا العقد مع الإفتقار إلى تسمية هذا عقداً، مع ورود الحديث بأنّ العقد إنّما يحصل بعد الإفتراق. وهكذا ما تعلّق به **أشهب** من قوله عليه السلام: «**المسلمون على شروطهم**». وهو عامّ أيضاً، إن سلّمنا كون البيع شرطاً، فيخصّ بحديث **ابن عمر**.

والاستدلال على ثبوت ناسخ مجهول بالعمل لا حقيقة له، إذا[1] لم يقل بأنّ عمل أهل المدينة حجّة بمجرّده، **على** حسب ما حكي عن **مالك** على ما ذُكر من تأويله في كتب أصول الفقه، لأنّ المراد بهذا عمل بعض الأمّة وعمل بعضهم ليس بحجّة. وقد كنّا حكينا عن خمسة من الصحابة، رضي الله عنهم، ذهابهم إلى خلاف ما زعم هؤلاء أنّ العمل وقع به. وتابعهم **على ذلك** من التّابعين **الحسن وابن المسيّب**، ومن الفقهاء **الزّهري وابن شهاب**[2] **والثّوريّ وأحمد وإسحاق**. وقد عمل بهذا الحديث راويه وهو **ابن عمر** وعمل الرّاوي بالحديث موجبَه[3] مع مشاهدته للنبيّ ﷺ، ومعرفته بسياقة قوله، وقرائن أحواله فيه، أولى أن يقتدى به من عمل غيره.

---

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: إذ.
(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: الزهري ابن شهاب.
(3) أي بموجبه.

وأمّا الإستدلال بما ذكرناه عن **يحيى بن أكتم**، إن سلم له الإجماع، فما ذلك إلاّ لكون البائع إذا تصرّف فيما باع بحضرته ولم ينكِر، صار كمن خيّر في الفسخ أو الإمضاء فاختار الإمضاء. وقد ذكرنا أنّ في بعض طرق الحديث أنّه عليه السلام قال: «**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر**»[1] على حسب ما وقع في هذه الرّواية.

وقد قال **الشافعي**: إنّ معنى هذا أنّه إذا خيّر أحدهما صاحبه، وهو بالمجلس، بين أن يمضي البيع أو يردّه، فاختار الإمضاء، فإنّه يسقط ما كان له من خيار المجلس. وتعدّى هذه المرتبة بعض أصحابه فقال: وكذلك لو تعاقدا البيع/ على أنه لا خيار لأحدهما، وإن لم يفترقا، فإنّ ذلك يبطل خيار المجلس.

فإذا كان من مذهب القول هذا، فإنّ لهم أن يقولوا: إنّما جاز شرب الماء قبل الإفتراق، على حسب ما قدّمناه، لكون البائع كالمسقط لخياره.

ومذهبنا أنّ إسقاط الخيار يمنع من ثبوته في المجلس. ولا شكّ أنّ إسقاط الخيار بعد الإستيجاب بالقول منهما جميعاً آكد من إسقاطه في حين التّعاقد، كما زعم بعض أصحاب **الشّافعي**. لأنّه يعدّ الإستيجاب إسقاط خيار المجلس بعد وجوبه، وفي حين الإنعقاد إسقاط له قبل وجوبه، وإسقاط الشّيء بعد وجوبه لازم كإسقاط الشّفعة بعد وجوبها، وإسقاطه قبل وجوبه لا يلزم على مذهب جماعة من العلماء، كإسقاط الشّفعة قبل وجوبها/ .

وقد حاول أصحابنا أن يستنبطوا من هذه الزّيادة الّتي وقعت في بعض طرق الحديث مناقضة **الشّافعي** واستدلالاً عليه. فقالوا: إذا تعاقدا البيع بالقول، فقد تراضيا به، فإن لم ينفع هذا التّراضي ما داما في المجلس/ ، فلا ينفع التّراضي بإمضاء البيع بعد قول أحدهما لصاحبه: اختر. لأنّ كلا القولين تراض، والمجلس لم يفترقا منه.

وينفصل أصحاب **الشّافعي** عن هذا بأن إسقاط الخيار والتّراضي بذلك بعد

---

(1) فتح الباري 5: 231.

وجوبه، بخلاف التّراضي الأوّل الّذي لم يتقدّمه وجوب خيار، فتراضيا بإسقاطه.

وعندي أنّ لهم أن ينفصلوا عن هذا أيضاً بأنّ خيار المجلس جعل تلافياً للنّدم على ما يقع من غبن، فأثبته الشّرع توسعة على النّادم، لكونه قد يبادر الالتزام من غير رويّة. فإذا قرّر عليه الأمر وقيل له: تثبت في أمرك، وتأمّل حالك في البيع، فإن كنت مغبوناً فردّ البيع، فإنّه لا يجاوب حينئذ باختيار إمضائه إلاّ وهو على بصيرة فيه.

وأمّا من سلك مدافعة الحديث باستحالة تصوّره في بعض البياعات، كقول **أبي حنيفة**: أرأيت إن كانا في سفينة؟ فإنّ أصحاب **الشّافعي** ينفصلون عنه بأنّ السفينة إن كانت كبيرة أمكن فيها افتراقهما بالأبدان، وإن كانت لطيفة، أمكن أن يخيّر أحدهما صاحبه فيختار الإمضاء، فيلزمه ذلك. وإن لم يفترقا. وكذلك ينفصلون عن شراء الإنسان لمن في ولائه[1] ممّن هو في ولائه[1] بأنه يختار الإمضاء بعد الإستيجاب، فيرتفع الخيار، أو يفارق مكانه وينتقل عنه، فيكون ذلك كالمفارقة بالأبدان بين اثنين لمّا كان هو عقد[2] على اثنين، فجعل انتقاله عن مكانه محلّ اثنين عن مكانهما.

وأمّا من سلك طريق التّأويل، فإنّهم اختلفوا أيضاً. فالأكثر منهم على أنّ المراد ها هنا بالمتبايعين المتساومان، واستشهدوا على جريان هذه التّسمية عليهما بقوله ﷺ: «**لا يبع أحدكم على بيع أخيه**»[3]. والمراد أنّه لا يسُم على سومه، بعد التّراكن إلى البيع. قالوا: والمراد أيضاً بالافتراق ها هنا افتراقهما بالأقوال، بأن يقول البائع: بعتك بكذا، فيقول المشتري: قبلت. واستشهدوا أيضاً على جريان هذا اللّفظ على الإفتراق بالأقوال بقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب لمن هو في ولايته ممن هو في ولايته.

(2) هكذا في النسختين.

(3) تحفة الأشراف: حديث 8185.

أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾[1]. والمراد افتراقهم بالأديان والمذاهب. وبقوله جلّ ذكره في الزّوجين: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾[2]. والمراد ها هنا الإفتراق بالطّلاق لا بالأبدان.

وقد أجيب عن هذا بأنّ هذا إنّما يستعمل مجازاً، وقد وقع في بعض طرق الحديث **ما لم يفترقا من مكانهما**[3]. وذكر المكان إشارة إلى الإفتراق بالأبدان.

وأجيب عن حمل الحديث على المساومة بأنّ هذا تَجَوُّزٌ في العبارة، وإنّما التّحقيق اشتقاق اسم الفاعل من فعله، إذا وجد، كقولنا: شاتم وضارب، فإنّهما إنّما يسمّيان/ بذلك إذا وجد الضّرب والشّتم، لا قبل وجود ذلك. واستشهدوا على هذا أيضاً بأن من قال لعبده: إن بعتك فامرأتي طالق، فإنّها لا تطلّق عليه بالمساومة في العبد. فلو/ كانت المساومة بيعاً لوقع الحنث.

وأجاب بعض أصحابنا عن هذا بأنّ الحنث إنّما لم يقع ها هنا لأجل أنّه علقه بفعل يقع لمّا قال إن بعتك، والمساوم لم يبع. وأشار إلى أنّه لو قال للمتساومين إن كنتما متبايعين فامرأتي طالق، لحنث في يمينه. وهو الّذي قاله في التّحنيث بقوله: إن كنتما متبايعين فيه نظر، وتفصيل حكمه ممّا قدّمناه في كتاب الأيمان والنّذور.

وسلك آخرون طريقة أخرى في التأويل فقالوا: المراد أن أحدهما أوجب البيع على نفسه بأن قال البائع: أوجبت على نفسي أن أبيعك بكذا. فإنّ المشتري يخيّر بين القبول أو الرّدّ، ما داما بالمجلس، ولو أقاما فيه اليوم واليومين. فإذا افترقا ولم يقبل المشتري، سقط ما كان له من الخيار بالافتراق بالأبدان. وقيل: الإفتراق لا يسقط خياره عند أصحاب أبي **حنيفة**. وإن كان أصحاب **الشّافعي** يسقطون خياره وإن لم يفترقا من المجلس إذا لم يقبل من البائع ما جعل له على

---

(1) سورة البينة: 4.

(2) سورة النساء: 13.

(3) لم أجد رواية بزيادة من مكانهما. مع أن ابن عبد البر قد عنى بجمع طرق حديث خيار المجلس التمهيد ج14 ص 8/25 وكذلك الزيلعي ح4 ص 2/4

الفور. وبعض أصحابنا يشير أيضاً إلى أنّ الافتراق يسقط خياره.

وقد اختلف المذهب عندنا على قولين في التّمليك، هل يثبت للمرأة بعد الافتراق من المجلس، على ما سنبيّنه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقدح في هذا التّأويل بأنّ الحديث يقتضي كون الخيار لكلّ واحد من المتبايعين مثل ما هو لصاحبه.

وهذا التّأويل خروج عن ظاهر الحديث. لأنّ هذا المتأوّل جعل الخيار في المجلس للبائع الّذي أوجب البيع بمقتضى ما أوجبه الشّرع من خيار المجلس، وجعل للمشتري الخيار بمقتضى ما جعله البائع له. فطريق التّخيير مختلفة، والحديث يقتضي تساويها[1] وأيضاً فإنّه عليه السلام، علق هذا الخيار بتلازمهما، وجعل غاية سقوطه افتراقهما. ومقتضى هذه الغاية أن تكون بخلاف ما بعدها، ولا تكون خلاف ما بعدها إلاّ بأن يكون الافتراق يوجب البيع ويرفع الخيار منه، وما قبلها يثبت الخيار فيه. وهذا المتأوّل جعل الافتراق يوجب ارتفاعَ البيع / وكونَه غير لازم، مثلما كان قبل الإفتراق غير لازم، وهذا إبطال لمقتضى دليل الخطاب، وما هو كالغاية فيه، لا سيما وقد وقع في بعض الطرق: «**فإذا افترقا فقد وجب البيع**». وهذا كالنّصّ على فساد هذا التّأويل.

وقد اختلف في تأويل قوله ﷺ في بعض طرق هذا الحديث «**المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلاّ بيع الخيار**». ما المراد بهذا الإستثناء؟ فقال أصحاب **الشّافعي**: المراد به التّخيير في المجلس. فإذا رضي المخيّر بالإمضاء، لم يكن له الفسخ، وإن لم يفترقا، على حسب ما قدّمناه من مذاهبهم في هذا. وقال أصحابنا: إنّما المراد به البيع المشترط فيه الخيار، فإنّ الخيار يثبت فيه إلى الأمد المضروب الّذي حدّاه ولو افترقا بالأقوال أو بالأبدان. وأنكر أصحاب **الشّافعي** / هذا التّأويل بأن قالوا: الأصل في الإستثناء أن يكون ما بعد حرف الإستثناء مخالفاً لما قبله. فإن كان الّذي قبله إثباتاً، كان ما بعد حرف الإستثناء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تساويهما.

نفياً، وإن كان ما قبله نفياً، كان ما بعده إثباتاً. والّذي كان قبل هذا الحرف المذكور في الحديث إثبات الخيار، فلا يكون ما بعد حرف الاستثناء إثباتاً للخيار أيضاً. وإنّما تصحّ حقيقة الإستثناء إذا كان المراد بقوله: إلاّ بيع الخيار، أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر. فإنّه إذا قال له ذلك واختار الإمضاء، لزمه البيع وارتفع خياره. فيكون هذا استثناء نفي من إثبات. وأصحابنا وأصحاب أبي حنيفة يصرفون هذا الإستثناء إلى مضمر، وتقدير الكلام ما لم يفترقا، فإنّهما/ إذا افترقا لزمهما البيع إلاّ في الخيار المشترِط فيه أيّاماً، فيكون استثناء نفي من إثبات. ولكن بعض[1] إظهار ما أضمر ممّا يقتضيه هذا الكلام.

ومن المتأوّلين من تأوّل تأويلاً آخر، فقال: المراد بقوله كلّ واحد منهما بالخيار في الإقالة، لا في الفسخ من غير رضى صاحبه. بدليل ما وقع في الحديث الآخر: ولا يحلّ له أن يفارقه خشية أن يستقيله. فصرّح ها هنا في هذا الحديث بالإقالة، وكنّى عنها في الحديث الآخر. وأنكر هذا المتأوّل[2] هذا التأويل بأن الاستقالة ممكنة قبل الافتراق وبعد الافتراق، وحلال قبل الافتراق وبعد الافتراق على حدّ سواء. وإذا كان الأمر كذلك، صار التّقييد بالإفتراق لغواً لا فائدة فيه.

وأشار بعض أصحابنا إلى الانفصال عن هذا بأنّ فيه فائدة، وهي كون البيع لازماً بالقول حتّى يفتقر في حلّه إلى الإستقالة، ووقع النّهي عن/ الفرار خوفاً منها.

وأشار القاضي **أبو الفرج** من أصحابنا إلى معنى آخر، وهو أنّ الإقالة في المجلس سنّة، لكون الإفتراق لم يحصل، والمشتري لم يغب على السلعة. فتكون الإقالة في هذه الحالة سنّة، وبعد الإفتراق فضيلة. وقد تختلف مراتب المندوب إليه، فيكون بعضه سنة وبعضه فضيلة، على حسب ما تقدّم بيانه في كتاب الصّلاة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بعد.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وأُنكِر على هذا...

وأصحاب الشّافعي يعكسون هذا التّأويل ويرون أنّ المراد بالإقالة ها هنا الفسخ، الّذي جعله له الشّرع ما دام في المجلس. والمراد بالحديث نهي أحدهما عن أن يفرّ من صاحبه مخافة أن يفسخ البيع عليه. فهؤلاء حملوا لفظ الإقالة ها هنا على الفسخ. والآخرون حملوا لفظ الفسخ على الإقالة، كما حكيناه عنهم. فيفتقر ها هنا إلى الموازنة بين هذين التأويلين، أيّهما أرجح وأظهر في مقتضى السياق وحكم اللّغة، ويصار إليه؟ وهكذا ما قدّمناه من التّأويلات الأُخر، فتفتقر إلى الموازنة فيها بحسب ما ذكرناه. فقد قال أصحاب مالك وأصحاب أبي حنيفة للشّافعيّة: أنتم أثبتم الخيار في المجلس بعد/ أن وقع التبايع وانقضى. وتسمية من كان باع: بائعاً، مجازاً[1]. كما دافعتمونا عن تأويلنا بأنّ تسمية المتساومين: متبايعين، مجازاً[1] . فقال أصحاب الشّافعي: تجوّزنا نحن من جهة واحدة، وتجوّزتم أنتم من جهات. وكلّما قلّ المجاز وقرب من الحقيقة، كان أولى. فهذه النكتة، التّي نبّهناك إليها ترجح هذه المذاهب والتّأويلات، وهي الّتي تحكم في هذه المذاهب والتأويلات. وقد أشرنا إليك بما عندنا في ذلك وإلى ما ينحصر الأمر إليه فيها. وبالجملة فالنّصوص في أعيان الحوادث لا تُدَافَع بعمومات فيها احتمال. والتّأويلات الّتي يَسبق إلى النّفس خلافها ويقع فيها تعسف واستكراه لا ينبغي يعدل[2] إليها، ويترك ما هو السابق إلى الفهم من الكلام والأظهر فيه في حكم اللّغة. وقد استقصينا تتبّع ما قيل في هذا الخبر.

وأمّا مسلك القياس والنّظر، فإنّ أصحاب الشّافعي يرون أنّ الشّرع إنّما أباح التّجارات لما فيها من الأرباح والفوائد، وهي المقصود منها. والغبن فيها محاذر مجتنب. وكثير ما يقع من الإنسان إمضاء وعزم من غير رويّة وإمعان في الفكرة، ثمّ يثوب إليه أنّه غلط فيندم. فوسّع الشّرع هذا المضيق، بأن جعل

---

(1) هكذا في النسختين، ونصب (مجازاً) ممكن على ضرب من التأويل بعيد.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن يعدل.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: اختلف في بيع الخيار، هل هو أصل من الأصول في نفسه، أو رخصة خارجة عن الأصول؟ فمن النّاس من يشير إلى أنّه أصل في نفسه مناسب للأصول، لأنّ القصد بإباحة المعاملات والتّجارة طلب الرّبح وتحصيل الفوائد. وإنّما تحصل الأرباح والفوائد مع نفي الغبن في البيع في حقّ المغبون. فإذا جعل له الخيار فيما عقده على نفسه من بيع، كان ذلك أقرب إلى تحصيل المقصود بالتّجارة من طلب الفوائد والأرباح، ونفي الغبن عن المغبون إذا ظهر له في مدّة كونه مخيّراً أنّه قد غُبِن ففسخ البيع[1]. فهذا معنى مناسب للأصل الّذي وضع في التّجارة.

ومنهم من يشير إلى أنّه كالرّخصة الخارجة عن الأصول. وذلك أنّ الغرر نُهي عنه في البياعات. وإثبات الخيار وإباحة اشتراطه في عقد البيع يُحدث في البيع غرراً.

وإلى هذه الطّريقة أشار مالك، رضي الله عنه، فقال، في علّة منع اشتراطه[2] أجل طويل في الخيار: لا يدري كيف تكون السلعة عند انقضاء أمد الخيار ولا كيف ترجع إليه. ومراده بهذا أنّ الأجل إذا كان طويلاً مثل أن يبيع عبداً بشرط الخيار سنة أو سنتين، فإنّه لا يدري كيف يكون العبد عند انقضاء السنتين، هل يحدث به عيوب فيردّه المشتري وقد نمى[3] في يديه؟ وكذلك إذا كان الخيار للبائع، فإنّه لا يدري المشتري، هل يمضي البائع البيع؟ وقد يقر-[4] العبد بنقص كثير. وهذا يُصيّر حالة الإمضاء للبيع كالمعاقدة على أمر مجهول، فالجهالة بالبيع تفسد العقد.

ومن النّاس من يشير إلى أنّ بيع الخيار يخرج العقد عن مقتضاه. وذلك

(1) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: فيفسخ، أو بفسخ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اشتراط.

(3) كذا في النسختين.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب يتغيّر.

وأمانته وطاعته فيما يؤمر به. أو اشترى داراً وأراد اختبار حال جيرانها إلى غير ذلك ممّا يفتقر إلى اختباره في المبيعات.

والثّاني: أن يشترط الخيار استقصاءً للنّظر والبحث عن الثّمن، هل هو غال أو رخيص؟

والثّالث: أن يشترط، مع الإستغناء عن الإختبار للثّمن والمثمون، للنّظر فيما يتعلّق بالمبيع من البواعث على إمضاء البيع أو ردّه.

وهذه الأغراض تمس الحاجة إليها. فلأجل ذلك أباح الشّرع اشتراط الخيار.

فأمّا جواز اشتراط الخيار للمشتري فلا خلاف فيه.

وأمّا جواز اشتراطه للبائع، ففقهاء الأمصار وجمهور العلماء على إجازته، لكون البائع قد تدعو الحاجة إلى أن يشترط الخيار للاختبار، هل هو غابن أو مغبون، أو ليحسن نظره في إمضاء عزيمته على البيع أو ردّه. وأمّا لاختبار المبيع، فلا حاجة به إلى ذلك.

وذهب ابن شبرمة والثّوري إلى المنع من اشتراط البائع الخيار. ورأى الثّوريّ أنّ اشتراطه الخيار يفسد البيع.

وما أرى هذين ذهبا إلى هذا المذهب إلاّ بناء على أنّ الأصل يقتضي المنع من بيع الخيار لما قدّمناه. ولكن رخّص فيه للضّرورة إليه. والضّرورة تتحقّق، في جهة المشتري، وتتّضح، لحاجته إلى اختبار المبيع، هو الأكثر في الأغراض الّتي يشترط لأجلها الخيار. والبائع لا حاجة/ به إلى اختبار المبيع إذا طال مقامه عنده. فإذا لم تكن به حاجة إلى هذا الغرض الّذي هو الأكثر، وجب منعه من ذلك، لارتفاع علّة التّرخيص في حقّه. أو يكونا رأيا أنّ الشّرع إنّما ورد بإباحة الخيار للمشتري في حديث المصرّاة، وهو قوله عليه السلام «فمن اشتراها فهو بخير النّظرين ـ ثلاثاـ»[1] الحديث، كما وقع. وسنذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

---

(1) اللؤلؤ والمرجان: حديث 970 ص 370.

وكذلك ما جعله عليه السلام **لحبّان بن منقذ** لمّا قال له: «**إذا بايعت ـ فقل لا خِلابة**»[1] وذلك للخيار ـ ثلاثا ـ لكنّ هذا الحديث إن حملوه على أنّ المراد به بايعت بمعنى اشتريت، لكونهما عثرا على قصّة تشكّى الغبن فيها وهو مُشْتَرٍ، أو لغير ذلك، كان الإستدلال به مثل حديث المصراة. وإن لم يكن الأمر كذلك، فقوله: بايعت/ ، يقتضي عمومُه كونَه بائعاً أو مشترياً. ويتضمّن عمومه جواز الخيار للبائع، على ما سننبّه عليه في موضعه إن/ شاء الله تعالى.

وإذا تقرّر أنّ اشتراط الخيار إنّما سُمِحَ به لأغراض، أحدها: الحاجة إلى اختبار المبيع. فإنّ اختباره يحوج إلى تسليم المبيع للمشتري، إذ لا يمكن اختباره في غالب الأمر وهو في يد البائع. فإذا بيّن المشتري للبائع أنّ غرض في اشتراط الاختيار الاختبارَ، مكِّن من قبض المبيع، وصار ذلك كالشّرط على البائع. وإن بيّن له إنّما اشترطه ليرى رأيه في إمضاء عزيمته لا لاختبار المبيع، فإنّه لا يسلم إليه لكونه لا حاجة به، والحالة هذه، إلى قبض. ولا يلزم البائع أن يخرج ملكه من يده من غير حاجة المشتري إليه.

وينبغي إذا اختلف الحكم في تسليم السلعة إليه أن يبيّن حين العقد الغرض في اشتراط الخيار لئلاّ يتنازعا في تسليم السلعة. فإن لم يبيّن ذلك حين العقد، فإنّ بعض أشياخي رأى أنّ الحكم أن لا تسلّم السلعة للمشتري، لأنّ ظاهر اللّفظ في قوله: أَشتَري لي منك بالخيار، يقتضي أنّ الخيار في إمضاء العقد أو ردّه.

وهذا الّذي قالت له ثبت أنّه المتفاهم بين المتعاقدين صِير إليه. وأمّا إن لم يثبت ذلك وادّعى كلّ واحد منهما أنّ قصده خلاف قصد صاحبه، فإنّ هذا لا يصحّ أن يقضي فيه برجوع أحدهما إلى الآخر. وربّما اقتضى فسخ البيع، على ما سننبّه عليه في موضعه إن شاء الله تعالى، إذا تكلّمنا على الأصل الّذي يؤخذ منه.

---

(1) فتح الباري ج 5 ص 240 ـ 241.

فإذا وجب تسليم السلعة للاختبار، فهل يكون على المشتري إجارة الإنتفاع بها أيّام الخيار. مثل أن يكون عبداً استخبره بالاستخدام، أو داراً اختبرها بالسكنى، فإنّ ذلك ينبغي أن يكون بإجارة معلومة إذا كان المشتري انتفع بهذا الاختبار، بأن صان به ماله مثل أن يسكن الدّار الّتي أخذها ليختبرها، ولولا سكناه فيها لاكترى مسكناً. لأن هذا إذا لم يكن بإجارة، صار في أصل العقد/ تخاطراً. والمشتري إذا ردّ بعد انقضاء أمد الخيار، ذهب بمال البائع باطلاً. والبائع يقول لعلّه لا يذهب به باطلاً. وإن أمضى البيع، صار كمنتفع بمال نفسه إذا قلنا: إنّ بيع الخيار إذا أمضي، فكأنّه لم يزل ماضياً من حين العقد. وأمّا إن لم تكن له منفعة في هذا الاختبار، وَقَى بها ماله، ولا استفاد من الاختبار منفعة أكثر من اختبار المبيع، وكان البائع أيضاً ممّن لا قدر لهذا عنده، ولا يقصد فيه إلى مخاطرة، فإنّ هذا ممّا ينظر فيه، وربما كان الأظهر جوازه، لكون العقد إنّما وقع على مجرّد الدّار، ولم يقع على الدّار ومنفعتها.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: الخيار المشترط يقع على وجهين: مطلق، ومقيّد بوقت.

فأمّا المطلق، فمثل أن يقول المشتري: أشتري منك على أنّي بالخيار. ولم يَحُدَّ ميقاتاً معلوماً. فإنّ هذا اختلف النّاس فيه. فمنهم من ذهب إلى أنّه يفسد البيع، وبه قال **أبو حنيفة والشّافعي**. لكون هذا اللّفظ متردّداً بين أن يكون قصد المشترط لهذا خيار مدّة قريبة، أو مدّة بعيدة لا يجوز اشتراطها في الخيار. واختلاف هذين الحالين يختلف معهما الحكم بالصحّة والفساد. ويختلف الثّمن معهما، لأنّ من أحبّ أن يوسّع له في أمد الخيار إذا اشترى زاد في الثّمن. فإذا اختلفت هذه الأحوال، صار البيع فاسداً لما تضمّنه من الغرر.

ومنهم من ذهب إلى أنّ البيع صحيح، ويقضى بكون الخيار على الفور لأنّه أمد متحقّق، وما زاد عليه لا يقتضيه اللّفظ نصّاً، فوجب إطّراحه. وإذا وجب إطراحه وحمل اللّفظ على الفور، لم يكن في هذا البيع غرر، ولا يتضمّن

اختلاف الأحوال الّتي ذكرنا. وقد قيل في أحد القولين عندنا في القائل لزوجته اختاري، أنّ ذلك لا يحمل على التّراخي الطّويل، ولا يثبت خيارها فيه بعد افتراقهما في/ المجلس، لكون هذا اللّفظ يقتضي الفور، لا سيما إذا قلنا: إنّ الأمر على الفور، كما ذهب إليه بعض الأصوليين. والرّواية الثّانية أنّ لها الخيار، وإن قامت من المجلس، لكون اللّفظ لا يقتضي الفور والبدار، لا سيما إذا قلنا بحمله على العموم في الأزمان. ذهب إلى هذا في بيع الخيار **الطّبري** وحمل المطلق منه على كون هذا الخيار المشترط يقتضي الفور.

ومذهب **مالك** رضي الله عنه أنّ البيع صحيح، ويضرب من أمد الخيار الّذي أطلقاه ما جرت به العادة في اختبار جنس ذلك المبيع، وتحصيل الغرض الّذي من أجله شرط الخيار. وقَدَّر أنّهما لمّا اشترطا الخيار ولم يؤقّتاه، فكأنّهما اشترطا الميقات المعلوم قدْره من جهة العادة. فصار ذلك كاشتراط ميقات محدود بالنصّ عليه.

وأمّا إن وقع الخيار/ مقيّداً بزمان محدود، فإنّ هذا أيضاً ممّا اختلف النّاس فيه. فذهب **أبو حنيفة والشّافعي** إلى منع اشتراط الزّيادة على ثلاثة أيّام، أو أقلّ منها، ممّا يَحُدَّانه. لكن إن اشترطا الزّيادة على ثلاثة أيّام، فإنّهما اختلفا في صحّة هذا البيع إذا أسقط المشتري المشترط للثّلاث خيارَه فيما زاد عليها، والثلاث لم تنقض. فرءاه **أبو حنيفة** ممّا يصحّح هذا العقد. وأجرى ذلك مجرى الشّروط الّتي يصحّ العقد إذا أسقطت كالبيع والسلف في القول المشهور عندنا. وذهب **الشّافعي** إلى أنّه لمّا عقد هذا البيع على فساد لم يرتفع الفساد بإسقاط هذا الشّرط الّذي أفسده، كأحد القولين عندنا في البيع والسلف وما في معناه، وقدّر أنّ الخيار له حصّة من الثّمن، وإسقاطه كإسقاطه بعض الثّمن، والفساد إذا وقع في الثّمن أو في المثمون لم ينصلح العقد بإسقاط الفساد. وقدّر أبو حنيفة أنّ هذا كالشّروط الخارجة عن الثّمن والمثمون، فإمضاء العقد إذا أسقطت. ولكنّه إنّما يمضي العقد إذا أسقطت، إذا كان الإسقاط قبل أن تذهب الثّلاث، الّتي أجاز الشّرع اشتراطها. فأمّا إن ذهبت وحصل المتعاقدان على إثبات الخيار في

وقت لا يجوز إثباته فيه، فإنّ إسقاط الشّرط لا يصحّح العقد.

وأمّا ما نذهب إليه نحن في هذه المسئلة، فإنّ القاضي **أبا محمّد عبد الوهاب** ذكر في شرح الرّسالة أنّ الشّروط الفاسدة إذا أسقطت، صحّ العقد. لكنّه استثنى هذه المسئلة، فقال: إذا اشترط في العقد خيار أيّام كثيرة، فإنّ ذلك لا يجوز، ولو أسقط الشّرط، بخلاف غير هذا من بياعات الشّروط. وقرّر أنّ إسقاط الشّرط ها هنا إمضاء البيع، وقد كان له فسخه وإمضاؤه بحكم مقتضى شرط الخيار البعيد ميقاته. وإسقاط الشّرط ها هنا لا تتحقّق صورته كما يتحقّق ذلك في إسقاط السلف المشترط، فإنّ إسقاطه نقيض اشتراطه. والمناقضة والمضادّة لا يمكن معها تخيّل كون الضّدّين شيئاً واحداً. وإسقاط ما زاد على أيّام الخيار ليصحّ العقد لا يتصوّر، بينه وبين إمضاء العقد للخيار المشترط، فرقٌ. فلهذ عنده لم يؤثّر إسقاطه في تصحيح البيع.

وهذه الطّريقة الّتي أشار إليها، وإن كانت خفيّة، فإنّها قد تلاحظ ما كنّا قدّمناه في كتاب السلم الثّاني فيمن أسلم في طعام سلماً فاسداً، ثمّ فسخ العقد وأراد المتعاقدان بعد العقد أن يتعوّضا عن رأس المال بمثل ذلك الطّعام الّذي وجب الفسخ فيه. فقد كنّا حكينا أنّ أحد القولين أنّهما لا يمكّنان من ذلك، لأنّهما يتّهمان في هذا الفعل على تتميم الفساد الّذي فسخ العقد فيه. وقيل: إنّ ذلك جائز. وإذا كان إسقاط ما زاد من أيّام الخيار على القدر/ الجائز يتضمّن إمضاء/ البيع واختيار انعقاده، فيحسن سلوك هذه الطّريقة. وأمّا إذا قال المشتري في أوّل يوم: أنا أسقط الزّائد من هذه الأيّام على ما يجوز، وأبقَى على خياري في إمضاء العقد أو ردّه. فإنّ هذا قد ظهر له تأثير خلاف مقتضى ما يتّهمان عليه من كون إسقاط الشّرط لتصحيح البيع قصدا به التزام البيع بحكم موجب الخيار المشترط. وهذا ممّا يتردّد النّظر فيه على طريقة **القاضي أبي محمّد عبد الوهاب** إن شاء الله.

وأشار شيخنا **أبو الحسن اللّخمي**، رحمه الله، إلى تخريج فسخ هذا البيع

لأجل هذا الخيار، على ما تقدّم بيانه من الخلاف في بياعات الآجال، لأجل التّهمة على التحيّل على ضمان بعوض، على حسب ما قدّمنا عن **أشهب**. فلمّا اجتمعا عنده في أنّ المنع للتّهمة، وجب أن يجتمعا في حكم الفسخ.

/ وهذا الّذي قاله، رحمه الله، لا يصحّ على طريقة من حكينا عنه، فيما تقدّم، أنّ الأجل البعيد إنّما منع في بيع الخيار لما تضمّنه[1] الغرر. لأنّ الفسخ لأجل الغرر ليس لأجل التّهمة، بل لورود الشّرع بالمنع منه. وكذلك على طريقة من علّل بأنّ علّة المنع كون الخيار المشترط كالمناقض لمقتضى العقد وكان الأصل منعه وقد قال **الشّافعي**، رضي الله عنه، لولا ورود الخبر بجواز الخيار ثلاثا ما أجزنا من الخيار ما قلّ من أيّامه أو كثر.

وأمّا طريقة **أشهب** في التّعليل بالتّهمة، فيمكن أن يكون ذكر هذه العلّة، وهو ملتفت إلى غيرها من العلل الّتي قدّمناها، فيجب عنده الفسخ، خلاف بياعات الآجال الّتي لا تعلّل بأكثر من التّهمة.

وقد تقدّمت الإشارة إلى سبب اقتصار **أبي حنيفة والشّافعي** على كون الخيار ثلاثا، لحديث المصراة، الّذي ذكره، لكون الثّلاث في حكم القليل، والقليل من الغرر يعفى عنه بخلاف الكثير.

وأمّا **مالك** رضي الله عنه، فإنّه يرى أنّه لم يرد خبر بالمنع من اشتراط الزّيادة على ثلاثة أيّام، وحديث المصراة ليس بنصّ في المنع من الزّيادة على ثلاثة أيّام، ولا الخيار المذكور فيه مشترط في أصل البيع، وإنّما علّته ما سننبّه عليه في كلامنا على التّصرية، إن شاء الله تعالى. وإذا لم يثبت عنده دليل بالمنع، وكان أصل الخيار إنّما أجيز لأجل الحاجة إليه، وجب أن يكون يجوز أن يضرب من الأجل بقدر ما يحتاج إليه من أجناس المبيعات. ومعلوم من جهة العادة أنّ الأجل في ذلك لا يتساوى، وإمكان مقتضى الأصل أن يباح منه كلّ ما دعت الحاجة إليه، والحاجة إليه تختلف باختلاف الأجناس.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تضمنه من.

وقد قال ﷺ «**المسلمون على شروطهم**»[1].

فأمّا الثّوب، فإنّه يضرب فيه اليوم واليومان، والعبد الخمسة أيّام والسبعة. والدّابّة اليوم، أو البريد إن كان غرضه باشتراط الخيار اختبار سيرها. والدّار الشهر ونحوه/. وهذا هو المشهور من المذهب.

وقد قيل: في اختبار سير الدّابّة بريدان. وقيل: في العبد شهران.

وهذا كلّه لا ضابط له من ناحية النّصوص أو الظواهر، وإنّما يَضبطه مقتضى العادات في الاختبارات لِمَا شرط فيه الخيار. والخلاف الّذي ذكرناه عن المذهب في هذا التّحديد اختلاف في شهادة بعادة.

فإذا تقرّر حكم الخيار المطلق والمحدود بوقت معيّن، فإنّه لو وقع مشاراً فيه إلى التّأييد، كقول البائع للمشتري: لك متى شئت، فإنّ هذا ممّا اختلف النّاس فيه.

/ فذهب **الشّافعي** إلى فساد هذا البيع، لأجل كون الشّرط قد زاد على الثّلاث.

وذُكر عن **أبي حنيفة** أنّه أفسد البيع والشّرط أيضاً. وقد يقتضي ما حكيناه عنه في اشتراط الزّيادة على الثّلاث أنّ المشتري إذا أسقط ها هنا ما جعل إليه من المشيئة على التّأييد، واقتصر/ على الثّلاث قبل تقضّيها، أنّ البيع يصحّ ويذهب فساده.

وذهب **ابن شبرمة** إلى أنّ البيع والشرط صحيح.

وذهب **ابن أبي ليلى** إلى أنّ البيع صحيح والشّرط باطل.

وقد حكى **عبد الصمد ابن عبد الوارث** أنّه دخل **الكوفة**[2]، فأتى **أبا حنيفة** فسأله عن رجل اشترى سلعة على أنّه بالخيار متى شاء. فقال له: البيع والشّرط

---

(1) فتح الباري: 5: 358 ـ مختصر المنذري 5: 214.

(2) هكذا. ولعلها: مكة: الهداية: 7: 248 ـ 249 ـ نصب الراية 4: 11.

باطلان. وأتى **ابن شبرمة** فسأله عن ذلك فقال: هما صحيحان. وأتى **ابن أبي ليلى** فقال له: البيع صحيح والشّرط باطل. فقال: فعدت إلى **أبي حنيفة** فأعلمته بما قال الرّجلان. فقال: لا أدري ما قالا. **نهى النبيّ ﷺ عن بيع وشرط**(1). وعدت **لابن شبرمة** فذكرت ما قالا أيضاً. فقال: لا أدري ما قالا. قال النبيّ ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»(2). وأتيت **ابن أبي ليلى** فأخبرته أيضاً فقال: لا أدري ما قالا. وذكر حديث **بريرة** المذكور فيه صحّة البيع وإسقاط اشتراط الولاء(2).

وقد ذكر عن **ابن أبي ليلى** أنّه أجاز اشتراط الخيار وإن طال زمانه كالسنتين والثّلاث. وبه قال **محمّد بن الحسن وأبو يوسف**، وخالفا أستاذهما **أبا حنيفة**، فيما حكيناه عنه من فساد هذا البيع إذا لم يسقط الشّرط. وهؤلاء يرون أنّ الإعتبار بكون الأجل محدوداً، ولا يؤثّر كونه طويلاً، كما لا يؤثّر في صحّة البيع إلى أجل طول زمن الأجل المضروب لاستيفاء الثّمن على وجه لا يلحقه مخاطرة، على حسب ما تقدّم بيانه في البيع إلى أجل ثمانين سنة أو مائة سنة. ويدافعون عن هذا القياس بما تقدّم ذكره من كون الخيار رخصة لما فيه من الغرر، على حسب ما تقدّم بيانه، ممّا يباح فيه الغرر اليسير الّذي تدعو الحاجة إليه، مع كون الغرض في الخيار النّظر في العين، وتحصيلَ الرّبح والفائدة، الّتي وضعت التّجارة لأجلها. وهذا الغرض حاصل في الأمر اليسير، ولا حاجة بنا إلى إباحة الكثير. والغرض من الأجل أيضاً التصرّف، وطلب الفائدة / المأخوذة من الأجل، وهذا المعنى محقّق في الأجل وإن/ طال، مع كونه لا تحجير فيه في المبيع يخالف مقتضى العقد، وإنّما ضرب لاستحقاق المطالبة بالثّمن، واستحقاق المطالبة بالثّمن إنّما تكون بعد صحّة العقد وحصول مقتضاه.

فإذا تقرّر أحكام الخيار المشترط مطلقه ومقيّده، فاعلم:

---

(1) نصب الراية: 17. الهداية: 7: 248 ـ 249.

(2) رواه أبو داود والحاكم. فيض القدير ج6 ص 213 ح9213.

أنّ مشترط الخيار إن عاقه عائق عن النّظر فيما اشترط الخيار من أجله، مثل أن يشترط المشتري الخيار مدّة فيجنّ أو يغمى عليه أو يفقد، فإنّه إذا عاقَه عن النظر شيء من هذه المعاني، وذهب أمد الخيار، ولحق البائع الضرر في الإنتظار، كان للقاضي أن يفسخ هذا البيع لحق البائع في إزالة الضّرر عنه.

فإن أراد أن يمضي الشراء له، فأمّا فيمن جنّ جنوناً مطبقاً فإنّ له ذلك. وأمّا المغمى عليه فإنّ **ابن القاسم** منع من ذلك لكون الإغماء مرضاً يرجى زواله عن قريب.

وإذا كان كذلك لم يمكن أن يشتري لرشيد حال بينه وبين النّظر لنفسه حائل يرجى زواله عن قرب. وأجاز **أشهب** ذلك قياساً على من جنّ، وأمّا على من فقد، فإنّه يجري على هذين القولين أيضاً.

وقد عورض **ابن القاسم** بما ذكر في المعير أرضاً لمن يبني فيها إلى أجل محدود، فحلّ الأجل والمعير غائب، فإنّه أجاز للقاضي أن يأخذ له البناء بقيمته منقوضاً. فأباح للقاضي أن يشتري له لأجل غيبته، وإن لم يبح ذلك له في المغمى عليه. وقد فُرّق بينهما بأنّ الإغماء مرض يذهب عن قرب، والغيبة تطول.

وقد يقال أيضاً: إنّ النّظر، الّذي يدعو إلى الشّراء له، ما يرجى من ربح إذا أخذ له ما اشتراه على خيار. وهذا الّذي يرجى لانقطع بحصوله لجواز/ حوالة الأسواق أو تلف ما أخذ له. (والتّلفيق الّذي حصل في البناء كسلعة ملك الغائب أخذها، والهدم إتلاف لها، وللقاضي أن يمنع من إتلاف ملك الغائب. وهذا سنبسط الكلام عليه في موضعه إن شاء الله تعالى)[1].

وإذا تقرّر أنّ الإغماء يمنع من الاختيار ووجب الانتظار، فهل يسقط الإعتبار بأمد الإغماء، مثل أن يشترط المشتري الخيار ثلاثا فيغمى عليه فيفيق في اليوم الثّالث، أم لا؟

---

(1) هكذا في النسختين: والكلام غير واضح.

والنّظر في هذا يستند إلى هذا المصاب الطارىء، هل تكون العهدة فيه على البائع، فيستأنف المشتري إكمال الثلاث بزيادة يومين على اليوم الثّالث الّذي أفاق، كما اختاره بعض أشياخي، وقدّر أنّ هذا المانع دركه على البائع، فيقضى عليه بالزّيادة على ما اشترط في أيّام الخيار. أو يقال: إنّ هذا مصاب طرأ على المشتري فدركه عليه، وقد فعل البائع أكثر ما عليه من التّمكين من الإختبار، فحيل بين المشتري وبين ذلك بأمر لا صنع/ للبائع فيه. هذا عندي ممّا ينظر فيه/ .

وقد حكينا عن **ابن القاسم** أنّ مجرّد ذهاب أيّام الخيار والمشتري الّذي اشترط الخيار مغمى عليه لا يوجب الفسخ حتّى يطول انتظار إفاقته طولاً يلحق البائعَ الضّرر منه. وهذا يشير إلى أنّه جعل الدّرك في هذا المصاب على البائع. وإن كان قد قال **أشهب**: إنّ القاضي يأخذ له ما دام أيّام الخيار لم تذهب. وأشار إلى أنّها إذا ذهبت لم يكن له أن يأخذ له. وقد أشار بعض أشياخي إلى أنّ هذه طريقة تخالف طريقة **ابن القاسم** الّتي ذكرناها، من كونه لا يرى الفسخ بمجرّد تقضّي أيّام الخيار. ويمكن أن يكون **أشهب** اعتبر تقضّيها في الأخذ للمغمى عليه لمّا كان جواز الأخذ له مختلفاً فيه بينه وبين **ابن القاسم**، لكونه استئناف شراء. وأمّا الفسخ فإنّه من حقّ القاضي، فلا يعتبر فيه ذهاب أيّام الخيار. لكون الفسخ ممّا اتّفق **ابن القاسم وأشهب** عليه ورأياه ممّا يجوز للقاضي فعله.

وأمّا إن كان العائق الّذي منع من الإختبار ممّا يتأبّد كموت المشتري بالخيار أو البائع بالخيار، فإنّ هذا ممّا اختلف فيه:

فذهب **مالك والشّافعي** إلى أنّ هذا يورث عن الميّت لمّا كان هذا الخيار المشترط متعلّقاً بالمال ومن الحقوق الماليّة، فيجب أن يورث كما يورث المال نفسه.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنّه لا يورث، لأنّ الّذي ملك مشترط الخيار مشيئة

وإرادة، بالإرادة[1] تعدم بموته، ويستحيل وجودها مع كونه ميّتاً، وقد علق إمضاء البيع عليها. وهذ الّذي علّق إمضاء البيع عليه يستحيل وجوده في الميّت، فإذا استحال ذلك استحال المبيع[2] الّذي علق به.

واعلم أنّ الظّاهر الّذي ورد في الشّرع ممّا يتعلّق به هؤلاء المختلفون من قوله تعالى في آية المواريث ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [3] الآية. وكذلك قوله تعالى ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾ [4] وكذلك ﴿۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [5] الآية. إلى غير ذلك ممّا ذكر في الفروض. فيرى **مالك والشّافعي** أنّ هذا ممّا تركه الميّت، فوجب أن يورث عنه كسائر أمواله. ويرى **أبو حنيفة** أنّه لم يملك سوى مشيئة وإرادة متعلّقة بهذا المبيع. فلا يقال: إنّ هذا ممّا ترك، لأنّها لم يتركها، فوجب أن لا يدخل في هذا الظّاهر/ . وقد قال في الحديث أيضاً: «**من ترك مالاً أو حقّاً فلورثته**»[6]. فالنّزاع أيضاً في كون هذا الحقّ ممّا ترك.

واعتمد أصحابنا وأصحاب **الشّافعي** على القياس على الرّدّ بالعيب، فإنّ المشتري يملك الخيار بين أن يردّ بالعيب أو يتمسك بالمبيع المعيب، فإذا مات ورث هذا الخيار عنه ورثته وحلّوا محلّه. فكذلك يجب أن يكون الخيار في / الشفعة، والخيار في قبول الوصيّة بمال ينتقل فيه الخيار إلى/ الوارث. وأصحاب **أبي حنيفة** يمنعون من قياسِ هذه المسائل على الخيار لأجل العيب. لأنّ الخيار في العيب إنّما ثبت للمشتري للنّقص الّذي اطّلع عليه في المبيع، لأنّه اشترى أجزاءاً فأمسِك له منها جُزء، وهذا الّذي أُمسِك له حصّة من الثّمن،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: والإرادة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: البيع.

(3) سورة النساء: 11.

(4) سورة النساء: 11.

(5) سورة النساء: 12.

(6) فتح الباري ج15 ص 10 مختصر المنذري ج5 ص 17.

وقد أُمسِك عوض هذه الحصّة، فوجب للمشتري المطالبة بثمن ما أُمسِك له، فإذا مات قبل المطالبة فإنّما مات عن مال، وهو الّذي يقابل هذا الجزء النّاقص، ومن مات عن مال ورث عنه، وفي البيع بالخيار والشّفعة والوصيّة لم يمت عن مال ثبت له، فلهذا لم يورث عنه.

وكذلك أصحاب أبي حنيفة يعتمدون أيضاً على قياس، فيقولون: إنّ الثّمن إذا كان مؤجّلاً على المشتري، فإنّ الملك من توابع العقد، كما أنّ الخيار من توابع العقد، فإذا مات من اشترى بثمن إلى أجل، حلّ الثّمن عليه، ولم يرث ذلك عنه ورثته فيؤجّل عليهم، فكذلك الخيار لا يورث أيضاً.

ويجيب أصحابنا عن هذا بأنّ الثّمن المؤجّل إنّما أوجب حلولَه كونُ المشتري إنّما عامل ذمّة، فلا يلزمه التنقّل إلى ذمّة أخرى لم يعاملها، مع كون الله سبحانه قدّم قضاء الدّين على الميراث، فلا يصحّ أن يمكّن الورثة من وراثة هذا المال، وعلى الميّت دين، وإذا لم يمكّنوا من ذلك فلا فائدة في إيقافه وجب[1] حلوله، واستعجل لهم ميراث ما فضُل عن الدّين.

فإذا تقرّر هذا وأنّ الخيار يورث، فإنّ المشتري بالخيار إذا مات وخلّى وارثاً واحداً يرث المال كلّه، فإنّه يحلّ محلّه، فيخيّر بين قبول المبيع كلّه أو ردّه كلّه. فإن ترك ورثة فاتّفقوا على ردّ أو قبول، كان ذلك من حقّهم، كما كان ذلك من حقّ من ورثوا هذا الخيار عنه. فإن اختلفوا فاختار بعضهم إمضاء الشّراء، واختار الآخرون ردّه، فإنّ من حقّ البائع من المتبايعين أن يمنع من هذا التّبعيض، وقد باعها على الكمال، وذلك ضرر به. فإن رضي بهذا التّبعيض وقبل نصيب من ردّ عليه، كان له المطالبة لمن التزم الشّراء بما ينوب نصيبه من الثّمن/ . ولا مقال ها هنا للملتزم الشّراء لكونه قد وصل إلى غرض، واستكمل جميع حقّه في الميراث. فإن لم يرض البائع بهذا التّبعيض كلف من اختار الإجازة أن يردّ ما في يديه حتّى يستكمل البائع جميع المبيع، لئلاّ يتبعّض عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لما وجب.

هذا هو القياس عند أشهب لأجل ما قلناه. والاستحسان عنده أن يمكّن من أراد الإجازة من أخذ نصيب من ردّ على البائع ويدفع للبائع الثّمن على كماله. فإذا حصل البائع على الثّمن كاملاً، فقد ارتفعت العلّة التّي شكاها بإزالة التّبعيض عنه.

هذا هو الاستحسان. ولكنّ القياس ما قدّمناه من كون البائع لمّا ردّ عليه الممتنع من الإجازة لشراء نصيبه، عاد ذلك إلى ملكه على حسب ما كان. فلا يلزمه أن يبيعه إلاّ ممّن اختار.

وهذا التّفصيل/ يجري في موت البائع، وللبائع ورثة اختلفوا فيما كان للبائع من الخيار، فقال بعضهم: نردّ بيع البائع. وقال آخرون: بل نجيزه ونمضيه. فإنّ المشتري لا يلزمه نصيب من أجاز لأجل التّبعيض، كما لا يلزمه ذلك لو أراد منه البائع الّذي عامله، فكذلك ورثته الحالّون محلّه. وإن أراد قبول هذا التّبعيض وإسقاط حقّه فيه كان ذلك له. ولا يفترق ها هنا حكم القياس والاستحسان في أنّ من ردّ من الورثة لا يأخذ نصيب من أجاز، لكون نصيبه بقي في يديه بحكم الميراث لمّا عاد لملك الميّت على حسب/ ما كان، فكأنّه لم يقع من الميّت عقد، فليس له أن يأخذ نصيب أخيه الّذي أجاز، فلم يقبل المشتري بغير اختيار أخيه. كمن عَرض ثوباً على إنسان بثمن سمّاه ليشتريه، فلم يفعل، فإنّه ليس لآخر أن يشتريه منه بغير اختياره.

وإذا كان الورثة كلّهم في ولاية وصيّ، كان الحكم انفراده بالقبول أو الرّدّ كوارث واحد.

وإن كانا وصيّين فاختلفا ردّ السلطان أحدهما إلى الآخر قضي[1] بمقتضى قول من قدّم السلطان قوله وصار كوصيّ منفرد.

وإن كان مع الوصيّ المنفرد ورثة رشداء، فاختلفوا معه، جرى الحكم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وقضي.

مجرى وارثين اختلفا على حسب ما قدّمناه.

وإن كان مع الرّشداء وصيّان اختلفا ردّ[1] قول الوصيّين، وأمضى قول المصيب منهما. وعاد المصيب كالوصيّ المنفرد يخالفه بقيّة الورثة الرشداء.

وقد ذكر في **المدوّنة** الحكم في رجلين اشتريا سلعة بالخيار، واختلفا في القبول أو الرّدّ. أو اشترياها ثمّ اطّلعا على عيب، فاختلفا في الرّضا به أو الرّدّ. وهذه المسئلة فيها قولان: / 1 ـ هل لكلّ واحد منهما حكم نفسه، ولا مقال للبائع في التّبعيض لكونه عقد البيع من رجلين، وهو يعلم أنّهما قد يختلفان فيما رأيان[2] من ردّ أو قبول، فيصير كالرّاضي بالتّبعيض لمّا عقد صفقة واحدة من اثنين، فأشبه لو عقد منهما صفقتين، انفرد كلّ واحد منهما بعقدة؟ 2 ـ أو يقدّر أنّهما كالرّجل الواحد، لمّا عقدا عقداً واحداً، فيمنعهما من التّبعيض؟ فإن قلنا بهذا القول عاد الحكم في اختلافهما إلى ما قدّمناه من اختلاف الورثة، على حسب التّفصيل الّذي قدّمناه.

وذكر في **المدوّنة** مسئلة متعلّقة بوراثة الخيار، فقال في امرأة شرط لها زوجها أنّه إن تزوّج عليها أو تسرّى فأمرها بيد أمّها. فروى عن **علي بن زياد**[3] أنّ هذا متعلّق بعين الأمّ، لا ينتقل إلى غيرها بعد وفاتها، ولا يورث عنها ولا لها أن تنقل ذلك من يدها إلى يد غيرها، ومنع من ميراث هذا الخيار والتّمليك لمّا كان عنده أنّ القصد تعليقه بعين هذه الأمّ.

وذهب **ابن القاسم** إلى أنّه لا يتعلّق بعين الأمّ. ولها أن توصي بذلك إذا ماتت/ . فإذا وصّت فلم تذكر هذا الّذي حصل بيدها من التّمليك دلّ ذلك على أنّها (أسقطت، بقي بكونه ساقطاً)[4] وإن لم توص بشيء، فأضاف إلى **مالك**،

---

(1) أي إلى القاضي.

(2) هكذا في النسختين، والصواب: يريان.

(3) في المدينة: فرُوي عن علي...

(4) هكذا في النسختين.

رضي الله عنه، أن يجعل ذلك إلى ابنتها فهْماً فهمه عن **مالك**، أو نصّاً سمعه منه.

والتّحقيق في هذه المسئلة الرّجوع إلى اعتبار قصد الزّوج، هل قصد جعل هذا التّمليك متعلّقاً بعين الأمّ، فإذ عُدِمت عينها عدم ما تعلّق بها. أو الغرض به التّمليك الّذي ينقله من ملكه إلى ملك غيره.

ولو أرادت الأمّ أن تقضي بالفراق ومنعتها ابنتها من ذلك، فإنّه يعتبر أيضاً القصد بهذا التّمليك، هل قصد به الزّوج سرور زوجته والتّحبّب إليها، فيكون من حقّها أن تمنع أمّها من القضاء بالفراق لكون ذلك مخالفاً لقصد الزّوج فيما قصد من التّمليك؟ فإن لم يقصد الزّوج إلى إسناد شيء من ذلك إلى الزّوجة بل جعله من حقوق الأمّ، لم يكن لابنتها أن تمنعها من إيقاع الفراق. ولو قصد الزّوج مسرّة زوجته بهذا التّمليك وطلب رضاها، فإنّ الأمّ لو أوقعت الفراق قبل أن تنكر ابنتها عليها ذلك، لوقع الفراق ولا يردّ لأجل كون التّمليك قصد به مسرّة البنت. لأنّ الأمر وإن كان كذلك، فقد رضيت البنت بتفويض هذا الأمر إلى أمّها وجعلتها كالوكيلة لها، والوكيل للموكّل أن يعزله قبل أن ينفّذ ما وكّله عليه، وأمّا شيء أنفذه، فإنّه لا يؤثّر في ذلك عزله.

وذكر في **المدوّنة** تأخير الورثة والغرماء لرجل حلف: ليقضينّ فلانا ما له عليه/ من الدّين، إلاّ أن يؤخّره، فمات من له الدّين، وأخّره لمّا حلّ الأجل من يرث هذا الدّين، فإنّه يبرّ بتأخير الوارث. وهذا إنّما يصحّ على القول بمراعاة المقاصد في اليمين دون اعتبار مقتضى اللّفظ. لأنّ مقتضاه تعليق المشيئة بالتّأخير لمن سمّاه، وهو الّذي له الدّين، ووارث من له الدّين غيره، فينبغي أن لا يبرّ بتأخيره. لكنّ القصد بمثل هذه اليمين ألاّ يلدّ عن قضاء الحقّ لمن يستحقّه عليه، وارثاً كان لهذا الدّين أو لمن في معناه. ولو كان الوارث في ولاء وصي، ففي جواز تأخير الوصيّ لهذا المديان اختلاف، أجازه **ابن القاسم**، لكون التّأخير قد يكون فيه مصلحة للمولّى عليه لاستيلاف من يعامله. ومنعه **أشهب** لكونه لا

يظهر له وجه في المصلحة غالباً، ألا ترى أنّه لو تبيّن أن ذلك سوء نظر للمولى عليه، وإتلاف لماله، لم يجز للوصيّ التأخير. فكذلك إذا كان هذا هو الغالب في العرف. ولأجل هذا الّذي أشرنا إليه من مراعاة المقاصد باليمين يبرّ الحالف بتأخير الغرماء بشرط أن يُبرِؤُوا ذمّةَ الميّت من دينهم بالتحوّل على هذا الغريم، فإنّهم إذا برّوؤا ذمّة الميّت وتحوّلوا عليه، صاروا بذلك مستحقّين لهذا الدّين، فحلّوا في هذا محلّ الوارثين.

واشترط في **المدوّنة** شرطاً آخر، وهو كون مَالَهم من الدّين يستغرق تركة الميّت. وهذا الاشتراط دليله أنّ الدّين الّذي لهم إذا كان لا يستغرق جميع ما تركه الميّت، فإنّ الحالف لا يبِرّ بتأخير الغرماء. وقد عورض هذا، وأُشير إلى أنّه ينبغي أن يبرّ في يمينه إذا أبرأوا ذمّة الغريم الميّت، وأسقطوا الطّلب عن تركته، وتحوّلوا بدينهم على هذا الغريم.

وقد يجاب عن هذا الاعتراض بأنّ الدّين إذا كان يستغرق جميع تركة الميّت، سقط حقّ الوارث، وصار المستحقّ لجميع التّركة[1] لا الغرماء دون الوارثين. فإذا كان الغرماء إنّما يستحقّون بعض التّركة من جنس منها دون جنس لم ينفردوا بالتحكّم فيها بأن يأخذوا الدّين دون رضى الورثة، إذ لم تكن لهم فائدة في تعيين جنس دون جنس. فإذا لم ينفردوا باستحقاق الأخذ من هذا الغريم الحالف دون رضى الورثة، صاروا كرجل لا حقّ له في هذه التّركة أخّر هذا الغريم.

وكذلك يجري الأمر في ميراث الغرماء مشيئةَ الميّت المشتري سلعة بالخيار. فإنّ الإعتبار في هذا بكون هذه السلعة يرجى فيها فضل إن أُجيز شراؤها. فإنّ الأمر إن كان كذلك، كان له [2] أخذ هذه السلعة/ ، ولا مقال للورثة في منعهم من ذلك، لأنّ منعهم من ذلك يؤدّي إلى انتقاص دينهم،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف لا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لهم. أي للغرماء.

ومنعهم من استيفائه. لكنّ بعض الأشياخ قال: إنّهم لا يمكّنوا[1] من أخذه هذه السلعة التّي فيها فضل ربح إلاّ بشرط أن يكون الرّبح يُقضَى به دين الميّت. وإن وقعت فيه خسارة، كانت عليهم. بخلاف المفلس إذا فلس، وقد اشترى سلعة فقضى لبائعها، فإنّه أحقّ بها من غيره من الغرماء، إذا لم يكن قبض الثّمن. فإن اختار مَن سواه من الغرماء أن يدفعوا إليه الثّمن الّذي باع به السلعة ويأخذوها ليبيعوها لرجاء فضل فيها، فإنّهم يمكّنون من ذلك، وإن كانت خسارة، فعلى الميّت.

وإنّما افترق حكم الخسارة في هذين السؤالين في كونها في أحدهما على الغرماء وهو فيما اشتراه بالخيار، وفي المسئلة الأخرى على الغريم المفلس، لأنّ الغريم المفلس قد اشترى على البتات، واستقرّ الثّمن في ذمّته ثبوتاً لا انفكاك له منه. وهذا الّذي اشترى سلعة بالخيار لم يثبت ثمنها في ذمّته لجواز أن يختار ردّها. فسقط عنه الثّمن. وإذا كان الأمر كذلك، صار غرماؤه/ كمن أثبت ديناً على الميّت لم يثبته عليه الشّرع، ولا ألزمه على كلّ حال. فلهذا كانت الخسارة عليهم ها هنا.

وإذا قلنا: إنّ الغرماء ها هنا لهم أيضاً ما اشتراه الميّت بالخيار إذا كان فيه فضل، فإنّما المراد بهذا أنّ ذلك حقّ لهم لما بيّناه من فائدته لهم وللميّت. ولا يكون ذلك حقّاً عليهم لأنّهم لا يلزمهم أن يتركوا أخذ دينهم ممّا تركه الميّت، من ناضّ أو غيره، ممّا يأخذون/ دينهم منه في الحال، ويكلفون الانصراف عن هذا إلى أخذه من ثمن سلعة يتكلّفون بيعها، وربّما تستحقّ عليهم، أو تردّ بعيب. وقد وضح حكم ميراث المشيئة والاختيار وما يتعلّق به ممّا بيّناه فاعلم.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: قد بيّنا، فيما تقدّم في كتاب بيوع الآجال والبيوع الفاسدة، منع سلف جرّ منفعة، وكلٍّ ما أدّى إليه، كبيع وسلف، أو التردّد بين كون عوض السلعة ثمناً أو سلفاً. ومقتضى هذا الّذي قلناه يمنع من

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا يمكنون.

اشتراط النّقد في بيع الخيار، لكون من اشترى سلعة بالخيار واشترط البائع عليه أن ينقده ثمناً، فإنّ هذا المنقود متردّد بين أن يكون ثمناً، إن أمضى المشتري الشّراء، أو يكون سلفاً إن ردّ ما اشتراه. وهذا ممنوع اشتراطه، لكون السلف متحقّقاً. فإذا وضّح علّة المنع من هذا وأنّه يجري من جهة المعنى مجرى البيع والسلف، فإنّا كنّا قدّمنا أنّ البيع بشرط السلف فيه اختلاف: هل يصحّ البيع إذا أسقط السلف أم لا يصحّ؟ على ما تقدّم بيانه؟/ .

وقد اضطرب المتأخّرون في هذه المسئلة الّتي نحن بصددها، هل يجري ترقب السلف مجرى تحقّقه؟ فيقال، فيمن باع بالخيار واشترط النّقد: إنّه [1] أسقط اشتراطه، صحّ البيع، كما يصحّ، على ما ذكره في **المدوّنة**، في اشتراط السلف في عقد البيع.

فذكر **ابن سحنون** أن اشتراط النّقد في بيع الخيار لا يجوز، وهو كالبيع والسلف. وظاهر هذا يقتضي أنّ اشتراط النّقد إذا أسقط صحّ البيع على المذهب المشهور في بيع وقع بشرط السلف، وإن كان بعض الأشياخ حمل هذا على أنّ مراده بهذا التّشبيه كون السلف قد قبض، وهو إذا قبض لم يصحّ إسقاط الشّرط، على حسب ما كنّا قدّمنا ذكره وما قيل فيه. وهذا من هذا المتأوّل إشارة إلى استبعاد تصحيح البيع إذا أسقط فيه شرط النّقد، وكأنّه يقدّر أنّ الفساد ها هنا في نفس الثّمن بجملته، والفساد إذا كان من نفس الثّمن، لم ينصلح البيع بإزالة الفساد من الثّمن. كمن باع سلعة بثمن إلى أجل مجهول كموت زيد، فإنّ البيع فاسد وإن عجّل الثّمن لمّا كان الفساد في جملة نفس الثّمن، كما قدّمنا ذكر هذا في موضعه، واشتراط السلف معنى خارج عن الثّمن والمثمون، فحسن أن يصحّ العقد بإسقاط الشّرط.

ومن المتأخّرين من يشير إلى تصحيح هذا البيع إذا أسقط البائع اشتراط النّقد تعلّقاً بظاهر كلام **ابن سحنون**. وقد نوقض هؤلاء بما وقع **لابن القاسم** في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة أداة الشرط [إذا] ليستقيم المعنى.

المدوّنة فيمن اشترط النّقد واطّلع على عيب قديم، وحدث عنده عيب، أنّ القيمه تجب، ولم يعتبر فيها الأكثر/ والأقلّ كما اعتبر ذلك في البيع بشرط. وأشار **البراذعي** في تمهيده إلى أنّ هذا كالمخالف لما ذكره **ابن سحنون**. وهكذا ذكر بعض الأندلسيين أنّ هذا بخلاف البيع بشرط السلف، فإنّ العقد لا يصحّ بإسقاط شرط النّقد في بيع الخيار.

وإذا تقرّر حكم اشتراط النقد، فإنّ التطوّع به بعد العقد جائز. إلاّ أن يؤدّي ذلك إلى ممنوع وهو الوقوع في معاوضة عن دين بتأخير/، ومضاهاة فسخ الدّين في الدّين. فإذا عقد سلماً على خيار اليوم واليومين، وهو ما يجوز تحديدها في الخيار في هذا، كتحديد تأخير رأس المال السلم، فإنّه لا يجوز اشتراط تأخيره أيّاماً كثيرة، لأنّه بعد هذه الأيّام إذا أمضاه من له الخيار فيه، قدّر كأنّه لم يزل ماضياً من حين العقد، وتأخير[1] رأس مال السلم فيه أيّاماً كثيرة. فإذا عقد الخيار في السلم على هذا الوجه الجائز، فإنّه لا يجوز التّطوّع بالنّقد برأس المال، لكون هذا التطوّع بالنّقد إذا أمضي عقد السلم بعد التّطوّع به، وقد كان لمن أمضاه أن يفسخ البيع، صار إمضاؤه العقد كأخذ ما أسلم فيه عن دين، وهو ما تطوّع بنقده.

لكنّ بعض أشياخي لم ير المنع/ من هذا يقتضي فسخ العقد إذا وقع وردّ ما أمضاه من السلم، لكون هذا إنّما نقد على أن يكون في الذّمّة ثمناً لما أمضى من السلم، فلا يحلّ هذا محلّ دين ثبت في الذّمّة غير متعلّق بالسلعة المأخوذة عنه بعد طول زمن.

وعلى هذا الأسلوب يجري منع التطوّع في جارية عليّة بيعت بالمواضعة. وشرط فيها الخيار، أو سلعت غائبة اشتريت على البتّ، أو منافع اكتريت بشرط الخيار، على حسب ما كنّا قدّمناه من بيان طريق **ابن القاسم** في منعه أخذ هذه الأشياء عن ديون مستقرّة في الذمّة.

---

(1) كذا في النسختين. ولعل الصواب: وتأخّر.

وقد قال بعض المتأخّرين: لو تنازع المتبايعان بشرط الخيار في إيقاف الثّمن، لم يجب إيقافه. وأشار إلى أنّه لا يختلف فيه، كما اختلف في إيجاب قبول الثّمن في الأمة الّتي بيعت على المواضعة، وفي بيع السلعة الغائبة، لكون هذين عقدين منبرمين ثابتين، وثبوت العقد يقتضي ثبوت الثّمن، وما ثبت حسنت المطالبة به، وبيع الخيار، المثمون لم ينبرم العقد فيه ولا ثبت، فكذلك ثمنه لم يثبت، وما لم يثبت لا يجب إيقافه.

وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اشترى سلعة على البتّ، ثمّ بعد ذلك جعل فيها الخيار للبائع، أو جعله البائع له، أنّ ذلك جائز. وأطلق الجواب.

وقيّده بعض حذّاق الأشياخ بأنّ معناه أنّ الثّمن قد نقده المشتري، ولو كان لم ينقده ما جاز هذا الخيار، لأنّه إذا لم ينقده، صار الخيار في هذه السلعة/ يؤدّي إلى أخذ سلعة على خيار عن دين. وقد قدّمنا المنع من هذا.

وأنكر هذا بعض أشياخي، ورأى أنّ هذا لا يتصوّر بمجرّد مطلقه أخذه سلعة بخيار من دين، لأنّ المعاملة الأولى كانت على البتّ، فإذا جعل المشتري بعد ذلك لمن باعها منه الخيارَ فيها، فقد صار المشتري كبائع باع سلعة من آخر على الخيار، وكأنّها سلعة ثانية لا تعلّق لها بالأولى، كما لا تعلق للعقد الثّاني الّذي عقد على الخيار بالعقد الأوّل الّذي عقد على البتّ، وإذا لم يكن له به تعلّق، وجب نقد الثّمن الّذي اقتضاه على البتّ، وبقي حكم الثّمن في العقد الثّاني الواقع بالخيار على مقتضى حكمه.

وهذا الّذي قاله شيخنا هو مقتضى الحكم على مقتضى اللّفظ، والّذي ذهب إليه غيره مبنيّ على أنّ المفهوم في مثل هذا كون هذه السلعة الّتي جعل فيها الخيار إنّما جعل فيها الخيار ليؤخذ عوضها عن الثّمن المستقرّ في الذّمّة بالعقد الّذي وقع على البتّ. وإذا قصد المتعاقدان ذلك، فلا شكّ أنّه يمنع كما يمنع أخذ سلعة بشرط الخيار عوضاً عن دين مستقرّ في الذّمّة/ .

وأجاز في **المدوّنة** في هذه المسئلة أن يجعل المشتري الخيار للبائع أو

يجعل البائع الخيار للمشتري، بمعنى أنّه أراد أن يجبر المشتري في أن يلزمه شراء ما كان باعه بالأمس منه إن شاء ذلك، وإن شاء/ لم يلزمه.

ولو هلكت هذه السلعة في أيّام الخيار والمشتري هو الّذي جعل الخيار للبائع، لكان ضمانها من المشتري، لأنّه كان بالأمس مشترياً لهذه السلعة على البتّ وهو اليوم بائع لها على خيار من اشتراها منه، وهو الّذي باعها بالأمس منه. ولو كان البائع هو الّذي جعل الخيار للمشتري، على حسب ما فسرناه، لكان ظاهر **المدوّنة** والمذهب أنّ الضّمان من المشتري أيضاً، لكونه كبائع باع له على الخيار.

وخالف في هذا **المغيرة**، ورأى أنّ الضّمان ها هنا من هذا البائع الّذي خيّر المشتري، وحكَّمه في ردّ هذه السلعة إليه إن شاء، لكون هذا العقد الثّاني لمّا وقع في هذه السلعة على الخيار، وقد كان وقع فيها قبل ذلك على البتّ، صار العقد الثّاني كالملحق بالأوّل، فكأنّ العقد الأوّل وقع أيضاً، وإذا كان قد وقع أيضاً على الخيار، فالضّمان من البائع.

وإنّما ذكرنا حكم الضّمان ها هنا والخلاف فيه لأنّ فيه ملاحة لما حكيناه من اختلاف شيخنا وغيره، لأنّا ذكرنا أنّ من خالف شيخنا قدّر أنّ هذا العقد الثّاني كالمقارن للعقد الأوّل على رأي **المغيرة**، وإذا كان كالمقارن له اقتضى هذا أيضاً أنّ معنى الخيار كون هذه السلعة الّتي عقد فيها البيع على البتّ لا ينقد ثمنها، وإنّ ما عقد فيها أخذها عوضاً عن الثّمن إذا شاء من خيّر فيها/ . على المذهب الآخر المعتبر كلّ عقد بحكم نفسه لا يتصوّر ما قاله شيخنا من كون العقد الأوّل يقتضي دفع الثّمن، وعقد الخيار يقرّ على حكم نفسه.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: إذا أراد المشتري بالخيار أن يمضي البيع والّذي باع منه حاضر، فإنّه يمكّن من ذلك. وكذلك إذا أراد فسخه، ولا يلتفت في هذا إلى رضا البائع بالإجازة أو الفسخ. وهذا لا خلاف فيه لأنّه مقتضى كون العقد منبرماً من جانب أحد المتعاقدين، ومخيّراً فيه من جهة أخرى.

ولو جعلنا الخيار أيضاً للبائع في ممانعة المشتري على الخيار ممّا أراد لكان نقضاً لما قرّرناه من مقتضى العقد.

فإذا أراد المشتري أن يمضي العقد والبائع غائب، فإنّ ذلك له.

وإن أراد أن يفسخه فاختلف النّاس في ذلك. فذهب **مالك والشّافعي وأبو يوسف** إلى أنّ ذلك له. ومذهب **أبي حنيفة ومحمّد ابن الحسن** إلى أنّه لا يمكن من ذلك.

وأشار **ابن القصّار** إلى أنّ مذهب **أبي حنيفة** ممّا يحتمله مذهبنا. وذكر أنّ **مالكاً** اختلف قوله في جواز تصرّف المشتري في السلعة إذا اختار/ إمضاء الشّراء، فمنعه مرّة حتّى يعلم البائع، وأجازه مرّة أخرى إذا أشهد. وهذا الّذي قاله إنّما يتّضح إذا تكلّمنا على أحكام تصرّف المشتري بالخيار. وهذا الّذي ذكره ممّا يفتقر إلى بسط.

لأنّ إجازة المشتري لا تفتقر إلى حضور البائع. وإنّما الخلاف الّذي حكيناه عن فقهاء الأمصار في اشتراط حضور البائع في الفسخ، قياساً عندهم على العُنّة الّتي توجب فسخ النّكاح إذا طلبت ذلك المرأة، ولا يصحّ الفسخ إلاّ بحكم. وقد اعتمد من نصر مذهبنا ومذهب **الشّافعي** في أنّ الفسخ يصحّ وإن لم يحضر البائع، بكون الإجازة تصحّ وإن لم يحضر، وكذلك الفسخ، لا سيما إذا قلنا إنّ الخيار إنّما هو موضوع للإجازة عندنا لا للفسخ، كما قاله **أبو حنيفة والشّافعي**. وإذا كان إنّما وضع للإجازة فإنّ التّقدير ألاّ عقد بينهما فيفتقر فيه إلى حضور البائع. وأيضاً فإنّ البائع إذا حضر ولم يرض، لم يلتفت إلى عدم رضاه باتّفاق، وإذا كان لا يلتفت إلى رضاه، فكذلك لا يلتفت إلى حضوره، ألا ترى أنّ الطّلاق لمّا لم يعتبر فيه رضى المرأة لم يعتبر حضورها، وهو أيضاً/ حلّ لعقد النّكاح. وإنّما افتقرت العنة إلى فسخ الحاكم للنّكاح لأنّها مسئلة من مسائل الإجتهاد، فلهذا افتقرت إلى قضيّة قاض. وعزلة الوكيل نفسه على القول بتمكينه من ذلك يجري على الخلاف في افتقارها إلى حضور الموكّل على حسب ما قدّمناه.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: إذا عقد البيع على خيار رجل ثالث غيرِ المتعاقدين، فإنّ ذلك جائز عند جمهور الفقهاء. وذهب **ابن حنبل** إلى المنع من ذلك.

وذكر بعض أصحاب الشّافعي أنّ المنع هو أحد/ الوجهين عندهم في مذهبهم.

وقد روى **أصبغ** عن ابن **القاسم** أنّه لا يحجبه اشتراط خيار الثّالث.

وذكر **ابن الحارث** عن **سحنون** أنّه رأى في بعض الكتب أنّ ذلك لا يجوز وهو مفسوخ.

وكأن **ابن حنبل** ومن وافقه قدّروا أنّ بيع الخيار رخصة لأجل ما قدّمنا ذكره من العلل، والشّرع إنّما ورد بإباحة الخيار للمتعاقدين لحاجتهما إلى ذلك، ولا حاجة بثالث غير المتعاقدين إلى إثبات الخيار له، فوجب المنع لفقد العلّة الموجبة للتّرخيص للمتعاقدين.

ونحن نتعلّق بعموم قوله عليه السلام: «**المتبايعان بالخيار** ما لم يفترقا إلاّ بيع الخيار»[1]. ولم يقيّد الخيار بل استثناه مطلقاً في كلّ أحد، فاقتضى عمومه جواز هذا إلاّ ما خرج بدليل/ .

وأيضاً فإنّ الحاجة قد تمس إلى إسناد الخيار لرجل ثالث، لكون من أسند الخيار له من المتعاقدين غير بصير بالقيمة ولا بالمبيع، فتدعوه الضّرورة إلى إسناد هذا لغيره، كما جازت الوكالة لحاجة المالكين لمن ينوب عنهم في التصرّف في أملاكهم بالبيع والشّراء والأخذ والإعطاء.

وإذا تقرّر جواز هذا على الجملة، فإنّا نشترط أن يكون هذا الثّالث، المسند هذا الخيار إليه، حاضراً أو قريب الغيبة بحيث يستعلم ما عنده في أمد يجوز أن يجعل أجلاً لهذا المبيع على الخيار.

فإذا كان بعيد الغيبة ووقف إمضاء البيع على إجازته أو ردّه، صار هذا

---

(1) سبق تخريجه.

كبيع بخيار ضرب فيه أجل بعيد، وقد قدّمنا أنّ ذلك ممنوع، وذكرنا علّة منعه.

فإذا أسند الخيار في هذا إلى ثالث، وكان هذا الإسناد من قِبَل البائع مثل أن يقول: بعتك سلعتي هذه على خيار فلان، أو على رضى فلان. أو يكون هذا الإسناد من قبل المشتري كقوله: أشتري منك على خيار فلان أو رضى فلان. فإنّ النّظر في هذا يتعلّق بوجهين:

أحدهما: تقدمة إظهار معنى إليه يستند الحكم في هذه المسئلة ويعرف الصّواب منها.

والثّاني: ضبط روايات المذهب في هذا.

فأمّا إظهار المعنى الّذي منه نشأ النّظر في هذه المسئلة، فإنّك ينبغي لك أن تعلم أنّ كلّ واحد من المتعاقدين للبيع إذا اشترط شرطاً يسوغ له اشتراطه، وله فائدة فيه وغرض صحيح، فإنّ من حقّه المطالبة به إذا انفرد بمنفعة هذا الشّرط. وكذلك إذا شاركه في المنفعة أيضاً من عاقده في هذا البيع. وأمّا إن اشترط شرطاً ينفرد به ولا حقّ فيه لمن عاقده ولا منفعة، فإنّ هذا من حقّه أن يطالب به إن شاء. فإذا تمهّدت هذه القاعدة، قلنا بعد هذا:

إذا اشترط البائع رضى فلان رجل ثالث، وكان هذا الشرط دائراً بينه وبين صاحبه قصد باشتراطه تحصيل غرض لمشترطه وللآخر الّذي عاقده البيع، فإنّه يتّضح ها هنا وقف الأمر على رضى هذا/ الرّجل الثّالث. فإن أمضى البيع حكم بإمضائه، ولو كره ذلك مشترط هذا الشّرط، أو كره ذلك المعاقد الآخر الّذي لم يشترط. إلاّ أن يتّفق المتعاقدان على اطّراح ما يقول الثّالث، ويلتزما إمضاء البيع أو ردّه، فإنّه يسقط ها هنا حقّ هذا الثّالث، إلاّ أن يكون هذا أمد[1] مُلِّكَهُ وجعل حقّاً من/ حقّه، فإنّ له المطالبة بذلك وإن اتّفق المتعاقدان على مخالفة قوله. وأمّا لو قصدا كونه كالوكيل لهما، سقط اعتبار قوله إذا اتّفقا على عزله قبل أن يمضي البيع أو يردّه، فإنْ إمضاه أو ردّه قبل أن يتّفقا على عزلته، نفذ عليهما من

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أمراً.

ذلك ما قضى به وكيلهما.

وإذا كان هذا الإشتراط يختصّ به مشترطه، والقصد به تحصيل غرضه، دون أن يجعل للآخر الّذي عاقده فيه حقّاً، فإنّ هذا يعتبر فيه ما قدّمناه إن كان تمليكاً، فلا بدّ من اعتبار ما عند هذا الّذي ملك هذا الحقّ، ولا يقتصر على اعتبار ما عند الّذي مَلّكه. وإن كان وكيلاً لمن اشترط هذا، جرى الأمر على ما قدّمناه من إمضاء ما قضى به من سبق بالقضيّة من موكّل أو وكيل.

هذه النّكتة الّتي تعتبر ها هنا وعليها يعتمد الحذّاق.

لكن وقع في الرّوايات ما يصعب معه ضبط المذهب على التّحقيق. فلهذا أكثر المتأخّرون الكلام في هذا الوجه، واختلفت طرائقهم في تأويل الرّوايات فيه. لا سيما ما وقع في **المدوّنة** في هذه من ألفاظ موهمة تكاد أن تشوّش الخاطر.

وذلك أنّه ذكر أنّ المشتري إذا قال: أشتري على إن رَضِيَ فلان. فإنّ المشتري لا يعتمد على ما يبدو منه من إمضاء البيع أو ردّه، وإنّما يكون الإمضاء والرّدّ الموقوفين على هذا الثّالث الّذي اشترط المشتري رضاه.

وذكر في البائع إذا باع على رضى فلان، فرضي البائع أو رضي فلان، فإنّ البيع نافذ. فعلق نفوذه برضى البائع المشترط هذا الشّرط إن سبق إلى ذلك، أو برضى الثّالث إن سبق إلى ذلك.

وقد اعتمد جماعة من الأشياخ الحذّاق أنّ هذا منه تفرقة بين حكم البائع في هذا الاشتراط وبين حكم المشتري إذا كان هو المشترط. وإلى هذا ذهب **الشّيخ أبو محمّد ابن أبي زيد** ومن بعده من حذّاق المتأخّرين من القرويين وإليه ذهب ابن لبابه.

وذهب غير هؤلاء إلى أنّه لم يقصد في **المدوّنة** إلى تفرقة بين البائع والمشتري. واعتذروا عن ظاهر هذه التّفرقة بأنّ المراد ما ذكره في المشتري كونه اشترط هذا الشّرط لكون ذلك حقّاً له في نفسه وحقّاً للبائع. وقد قدّمنا أنّ هذا

الشّرط إذا قصد به الاشتراط بين المتبايعين، لم يقض على مشترطه بحقّ الآخر فيه. فقدّر هؤلاء الجواب إنّما اختلف لاختلاف السؤالين.

ومنهم أيضاً من/ صار في تأويل ما وقع في **المدوّنة** إلى طريقة أخرى. فقال: قد وقع في بعض ألفاظها: إن رضي البائع نفذ البيع. فلم يذكر ها هنا سوى رضى البائع. ولم يتكلّم على رضى هذا الثّالث إن سبق بالرّضى إلى هذا البيع. فظاهر هذا وقف الأمر على رضاه خاصّة. وهكذا يجب أن يوقف أيضاً الأمر على ردّه. فيقدّر هؤلاء أنّ هذا يشير إلى اعتبار ما يقوله المشترط دون ما يقوله هذا الثّالث. ويقتضي هذا أن يكون المشتري كذلك. ويكون هذا مطابقاً لما ذكره **ابن حبيب** في **واضحته** (من البائع والمشتري)[1] استويا في/ قصد هذا الإشتراط على من اشترطه منهما، ولا اعتبار بما يقوله الثّالث المشترط رضاه. إلى هذا ذهب ابن لبابة.

ومن المتأخّرين من جعل هذا الاشتراط حقّاً مشتركاً بين البائع والمبتاع، وجعل لكلّ واحد من المتبايعين حقّاً في الإمضاء خاصّة مشتركاً بينهما. فإن اشترط البائع رضى فلان فرضي البائع إمضاء البيع وردّه هذا الثّالث، فإنّ من حقّ البائع الّذي اشترطه أن يمضي هذا البيع على المشتري وإن كرهه، ولا مقال للمشتري لأجل ردّ هذا الرّجل الثّالث له. وإن رضي الثّالث إمضاء البيع وردّه البائع، فإنّ للمشتري التمسّك بالبيع لأجل إمضاء الثّالث له لمّا تعلّق له به حقّ. وكذلك إذا اشترط هذا المشتري رضى رجل ثالث، فإنّ هذا الثّالث إن أمضى البيع وردّه المشتري، فإنّ للبائع أن يطالب المشتري بإمضائه، لجرى[2] في/ المشتري على الأسلوب الّذي قدّمنا في البائع. ويتعلّق هؤلاء بقوله في **المدوّنة**: إن اشترط البائع رضى فلان فرضي البائع أو رضي فلان، نفذ البيع. فقصد اعتبار السبق على الإمضاء لا على الفسخ.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن البائع والمشتري.

(2) هكذا. . . ولعل الصواب: وجرى.

والأظهر من هذه التأويلات أنّه في **المدوّنة** فرّق بين البائع والمشتري. وإليه يشير القاضي **أبو محمّد عبد الوهاب**، وذلك أنّه ذكر أنّ البائع إذا كان هو المشترط رضى هذا الثّالث، فإنّ له مخالفة هذا الثّالث. وإن كان المشتري هو الّذي اشترط رضى هذا الثّالث، فإنّ **ابن القاسم** اختلف هل له مخالفة هذا الثّالث أم لا؟ فأشار إلى ارتفاع الخلاف في جنبة البائع وحصوله في جنبة المشتري.

واعتُلّ بالمساواة بينهما، في كون كل واحد منهما له مخالفة هذا الثّالث، بأنّ هذا الثّالث فرع عنهما، ولا يمكن أن يثبت الحقّ للفرع ولا يثبت للأصل.

واعتلّ للتّفرقة بأنّ البائع أقوى سبباً من المشتري لكون الملك ثابتاً له، فلا يكون غيره أكثر تحكّماً في ملكه الثّابت منه هو في نفسه. والمشتري لا ملك له على المبيع، وعقده لأجل الخيار/ محلول، ولا يملك التحكّم في هذا وهو لم يستقرّ ملكه عليه دون من اشترط رضاه.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى فرق آخر، فقال: إنّ المشتري إذا اشترط رضى فلان، فإنّه يمكن أن يكون اشترى له شراء وكالة. وإذا اشترى له شراء وكالة على أنّ الخيار له، فإنّه لا يختلف في أنّه لا يتحكّم في هذا دون من اشترى له هذه السلعة على الخيار. وإذا كان فعله محتملاً لوجه يتّضح أنّه لا ينفرد فيه بالخيار، حمل على كونه لا ينفرد بالخيار على الإطلاق. والبائع لا يتصوّر هذا فيه غالباً/ لأنّ السلعة في يديه، واليد دليل الملك، والإنسان إذا باع ملك نفسه، فلا يقال: إنّه باع ذلك لغيره.

فأنت ترى كثرة هذا الإضطراب في ضبط المذهب. وإنّما ذكرناه حتّى يتحقّق عندك ما قدّمناه من كون المذهب قد يعسر ضبطه في هذه المسئلة على التّحقيق.

ولو لم يجعل للثّالثّ إلاّ المشورة، فإنّ الظّاهر من المذهب أنّ هذا الإشتراط لا يلزم مشترطه لإشعار المشاورة بجواز المخالفة. بخلاف أن يشترط رضاه أو خياره.

ونقل الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** أنّ **ابن مزين** حكى عن **ابن نافع** أنّه يرى لفظ المشورة كلفظ الخيار والرّضا.

وتعقّب عليه هذا النّقل بأنّ الّذي ذكر **ابن مزين** عن **ابن نافع** أنّه باع على مشورة فلان، على أنّ فلانا إن أمضى البيع بينهما، وهذا يقتضي وقف البيع على اختيار فلان، بخلاف اشتراط المشورة لفظاً مطلقاً غير مقيّد بما ذكرناه.

وقد قال الشيخ **أبو سعيد بن أخي هشام**: لو مات الثّالث المشترط له الخيار لا يفسخ البيع، لكونه موقوفاً على رضى رجل يستحيل بعد موته أن يعلم رضاه. وهذا الّذي قاله إنّما يتخرّج على أحد الطرق الّتي قدّمنا، وهي كون الحكم يقتضي قصد الإمضاء والإجازة على اختيار هذا الثّالث.

وقال بعض الأشياخ: لو وكّل رجل رجلاً على أن يشتري له فٱشترى له الوكيل على خيار آخر ـ لم يجز ذلك لأنّه كوكالة منه، وليس للوكيل أن يوكّل.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال: إذا أمر رجل رجلاً أن يشتري له سلعة على البتّ فاشتراها، واشترط على بائعها أن يريها لغيره، فضاعت بيد هذا المأمور. فإنّ **مالكا** ذكر في **الموازيّة** أنّ الضّمان من الأمر[1]. وقدّر أنّه لو اشتراها على البتّ على حسب ما أمره من وكّله، لكان ضمانها من الآمر. فإذا اشترط للآمر الخيار فما زاده إلاّ خيراً.

وذهب **ابن الموّاز** إلى كون الرّسول متعدّياً، يكون ضمانها منه لم[illegible]مه أمر الآمر. إلاّ أن/ يكون بيّن للبائع أنّ فلانا بعثه ليشتري/ له ما اشتراه، فإنّه يسقط الضّمان عن هذا الرّسول ويكون ضمانها من بائعها. وهذا الإختلاف الّذي وقع بين **مالك** وابن **الموّاز** قد ينصرف إلى أنّ اشتراط الخيار يفتقر فيه إلى زيادة في الثّمن، فيكون هذا تعدّياً على/ الآمر لكونه لو لم يشترط الخيار لاشتراها بأقلّ ممّا اشتراها به، أو يكون لا زيادة في الثّمن لأجل الخيار، فيكون الحكم ما قاله **مالك** لا سيما على طريقة من رأى أنّ اشتراط ما لا يفيد لا يقضى به.

---

(1) هكذا... ولعل الصواب: الآمر.

وقد عورض **ابن الموّاز** في قوله: إنّ الضّمان من البائع، إذا أعلمه المشتري بأنّه وكيل، لأجل أنّ إعلامه بأنّه وكيل لا يسقط تباعة البائع عنه، إلاّ أن يصرّح بأنّه رسول لاتباعة عليه. فيقول: أرْسَلني فلان إليك لتبيع منه. وقد جرى **بالقيروان** قديماً سؤال يتعلّق بهذا ذكره **عمرون** في كتابه وغيره. وهو أنّ السماسرة إذا طاف أحدهم بالسوق وقد أمره رجل بأن يشتري له سلعة، فقال: من عنده كذا؟ سلعةً سمّاها. فاستدعاه أحد التّجار فأعطاه ما طلب، فضاع في يد السمسار. فقيل: إنّ ضمانه من الّذي أرسله لأنّه وكيل له وليس بوكيل لدافع السلعة إليه. والفقه في هذا يتّضح إذا اتّضح من هو وكيل له. والّذي يتحقّق أنّه وكيل له، يكون الضّياع منه.

والجواب عن السؤال التاسع أن يقال: الخيار يقتضي كون من هو له الإجازة أو الرّدّ. وذلك يكون منه بالنّطق والنّص على أحد الوجهين. فإن كان منه الأمر كذلك، فلا خفاء بأنّه يقضى بمقتضى ما اختار. أو يكون ما يدلّ منه على أحد الأمرين، وذلك على وجهين تركٍ وفعل.

فأمّا التّركِ فمثل أن تذهب أيّام الخيار والمدّة الّتي جعلا الخيار إليها، فلا يكون ممّن له الخيار نطق ولا إحداث فعل، فإنّه قد يستدلّ بتركه على قصده:

فإن كان الخيار للبائع والسلعة في يده، كان مضيّ أمد الخيار دليلاً على أنّه اختار الفسخ. إذ لو اختار الإجازة لاستدعى المشتري لقبضها وصرفها إليه، أو أشهد بالإجازة. وإن كانت في يد المشتري، كان ترك ارتجاعها واستدعاءِ البائع ردّها دليلاً على أنّه اختار الإجازة للبيع.

وإن كانت السلعة بيد المشتري والخيار له، فإن إبقاءها في يديه دليل على اختياره الإجازة، كما أنّ إبقاءه لها في يد من باعها دليل على أنّه اختار الفسخ

وجملة الأمر أنّ السلعة تبقى لمن هي في يديه، على مقتضى ما ذكرناه.

فأمّا إن أحدث المشترط للخيار فعلاً، فالّذي ينبغي أن يَعتمد/ عليه من أراد معرفة وجوه الرّوايات في هذا، والتّحقيقَ في الفتوى في هذا الّذي يحدث،

أجل هذا التّدافع في الدّلالة على القصود [1] إذا عرض على ما قلناه يقع الإشكال. لكن بعض أشياخي مال إلى إنفاذ عتقه في عبده، لكونه قد علم أنّ أصل الملك له، وهذا الّذي علم من كون الملك له في الأصل يقتضي إنفاذ عتقه، ولا يرد مقتضى هذا الأصل بأمر محتمل ومشكل، ويقدّر أنّه لمّا أعتق الأمة، صار بعتقها ملتزماً بتسليم ملك عبده لسيّدها، فإذا أعتق العبد، صار كمن أراد أن يملك الأمة بغير عوض، وهذا لا سبيل إليه.

وهذه المسئلة ينظر فيها، ينفذ عتق العبد لأجل هذا الّذي وقع فيه من تدافع الأحكام، فيغلّب إيقاع/ العتق لحرمته، على ردّه. كما قيل فيمن قال: إن بعتك فأنت حرّ: إنّ الأحكام تتدافع أيضاً، ولكن مع تدافعها يغلّب إيقاع العتق إن شاء الله تعالى. وتعتق الأمة لكون بائعها سلّمها إليه ومكّنه من التصرّف فيها بحكم الخيار. وهذه مسئلة تعرض أيضاً على أصْلٍ/ سنبسطه، إن شاء الله تعالى. وذلك أنّ بيع الخيار ممّا اختلف النّاس فيه.

وللشّافعي فيه ثلاثة أقوال، أحدها أنّ الملك ينتقل فيه بنفس العقد. والثّاني أنّه مترقّب، فإن أُجيز البيع، كشف الغيب أنّ الملك لم يزل [2] من حين العقد، وإن فسخ العقد، كشف الغيب أنّه باق على الملك الأوّل كما كان. والقول الثّالث أنّه إنّما ينتقل بانقطاع الخيار في عقد متقدّم.

ومذهبنا نحن يتخرّج فيه اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

وأبو حنيفة يرى أنّ الملك لا ينتقل إلاّ بانقطاع الخيار، إلاّ أن يكون الخيار للمشتري، فيقدّر المبيع غير مملوك للبائع لكونه قد جعل الخيار فيه لغيره، ولا مملوك للمشتري أيضاً لأنّه لم يختر الإمضاء.

والشّافعيّة تفرّع هذه المسئلة على الثلاثة مذاهب، فتقول: إن قلنا بأحد الأقوال الثّلاثة، فجميعها يقتضي نفوذ عتق البائع إذا كان الخيار له، لكون

---

(1) في المدنية: المقصود.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قد زال.

الملك لم ينتقل عند من اعتبر في انتقاله انقطاع الخيار، والعتق حصل فيه قبل أن ينقطع، ولا عند من جعله مترقّباً، لأنّ ما يترقّب من الإمضاء لم يحصل، ولا عند من جعله ينتقل بنفس العقد، لأنّ للبائع الخيار في الفسخ في العقد، وإعتاقه العبد فسخ للعقد.

لكن لو كان الخيار للمشتري خاصّة، لم ينفذ عتق البائع فيه، لأنّ إمضاء عتقه إبطال لحقّ المشتري المتقدّم على العتق، فليس للبائع أن يحدث ما يبطل حقّ المشتري من إجازة الشّراء أو إمضائه(1).

لكنّه عندنا إن ردّه المشتري عليه، نفذ عتقه فيه.

وأطلق بعض الشّافعيّة القول إنّ عتق البائع لا ينفذ إذا كان الخيار للمشتري خاصّة. وإذا كان الخيار للمشتري خاصّة، نفذ عتقه فيه لأنّه استحقّ الإمضاء، والعتق علم عليه، على الأقوال الثّلاثة/ أيضاً.

ولو كان الخيار للبائع خاصّة فأعتقه المشتري، لكان عتقه لا ينفذ إذا اختار البائع فسخ العقد. وأمّا إن اختار إمضاء العقد، فإنّه يتخرّج على القولين. فإذا قلنا: إنّ الملك إنّما ينتقل بانقطاع الخيار، لم يلزم عتق المشتري لكون عتقه لم يصادف الملك. وإن قلنا: إنّ الملك ينتقل بنفس العقد حتّى يرفعه الفسخ، فإنّه ينفذ عتق المشتري فيه.

وأمّا إن اختار البائع الفسخ، فإنّا إن قلنا: إنّ الملك لا/ ينتقل إلاّ بانقطاع الخيار، أو قلنا: إنّ الملك مترقّب، فإن أمضى البيع فكأنّه لم يزل ملكاً للمشتري من حين العقد. وإن فسخ البيع فكأنّ العقد لم يكن. فإنّه يتّضح على هذا أنّ عتق المشتري غير نافذ.

وإن قلنا أنّه ينتقل بنفس العقد، فها هنا اختلف النّاس في التّخريج على ذلك عند الشّافعية. فذكر عن الشّافعي أنّ العتق لا ينفذ لكون الملك، وإن انتقل

---

(1) هكذا. . . ولعل الصواب: أو إبطاله.

بالعقد، فإنّه ملك غير تامّ، فإنّه لا يقع فيه العتق. وحكى **ابن شريح**، من أصحابه: أنّ العتق ينفذ. فكأنّ **الشّافعي** رأى أنّ المشتري ممنوع من التصرّف فيه بالبيع والإجارة، إذا كان الخيار للبائع خاصّة، والمالك لا يمنع من التصرّف، فدلّ أنّ ملكه غير تامّ، فاقتضى هذا ردّ العتق. ولأنّ العتق لو نفذ لمنع من حقّ تقدّم للبائع، وهو الفسخ. وليس للمشتري أن يمنعه من حقّ استحقّه البائع بالعقد وانفرد **ابن شريح** بهذا المذهب دون الشّافعيّة. لكنّ **أبا حامد** نصره واختاره، وأشار إلى أنّ المشتري إذا كان له الخيار وللبائع أيضاً، فاختار المشتري الإجازة، فإنّ ذلك لا يمنع من الفسخ الّذي يستحقّه، لكون الخيار له، فكذلك يجب في العتق ألاّ يمنع البائع من حقّه في الفسخ، لكون العتق علماً على الإجازة. فإذا كان نفس الإجازة تمنع البائع من الفسخ، فكذلك ما هو يحلّ محلّ الإجازة، مع كون البائع غير ممنوع من حقّه في الفسخ، ولكنّه إذا وقع الفسخ لأجل حقّه فيه، صادف العبد، المفسوخ فيه البيعُ، حرّاً، لا يمكن ردّه. فيلزمه ردّ قيمته لتعدّيه في إفاتته على مستحقّه. ونحن قد كنّا قدّمنا الكلام على من اشترى أمة بعبد على أنّ الخيار له فأعتقهما معاً، وترجّحنا[1] في المسئلة، وحاولنا تخريج خلاف فيها، وإلزامَ المشتري عتق العبد والأمة جميعاً، لكون العبد تدافع فيه حكمان ردّه وعتقه، فغلّب العتق، وهذا الّذي حكيناه عن **ابن شريح** فيه إشارة إلى هذا المذهب من كون بائع العبد له ارتجاعه، ولكنّه لمّا وجده معتقاً، لم يمكّن منه، واستحقّ قيمته.

وأمّا وطء المشتري لها، والخيار له، فإنّه يرتفع الحدّ. ولو قلنا بأحد الأقوال الثّلاثة من أنّ بيع الخيار لا ينتقل فيه الملك للمشتري إلاّ عند إمضاء البيع، لأنّ وطأه وقع بشبهة، والحدود تدرأ بالشّبهات.

وقد ذكر في **للموازية** فيمن باع أمة واحتبسها بالثّمن، ثمّ وطئها بائعها، أنّ الحدّ يدرأ عنه بالشبهة، لأجل الاختلاف في كون ضمانها منه أو من

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ترجيحنا.

المشتري. ورأى أنّ هذا الإختلاف في الضّمان شبهة، مع كون الملك قد انتقل للمشتري انتقالاً محقّقاً بغير خلاف/ . فما اختلف فيه، هل هو باقٍ على ملك البائع أم لا؟ أَحْرَى أن يسقط فيه عن الواطىء لكونه قد ملك[1] من وطئه، على أحد الأقوال.

وهكذا حكى **أبو الفرج** عن **مالك** فيمن اشترى أمة بالخيار له، فوطئها البائع، أنّه لا حدّ عليه.

ولو حملت من وطء البائع الّذي وطئها، والخيار للمشتري خاصّة، أو من وطء البائع المحتبس لها بالثّمن، لجرى حكمها حكم الأمة المستحقّة/ إذا استولدها مشتريها. وقد أشار **أبو حامد الإسفراييني** إلى ارتفاع الخلاف/ في الحدّ، على الأقوال الثّلاثة في الملك في بيع الخيار، وأجرى الخلاف في الولد على حسب مقتضاها، على الطّريقة التي أريناك من تخريج الخلاف في العتق عليها.

وأمّا لو وطئها المشتري والخيار له خاصّة، فإنّه لا خلاف عندنا في أنّ ذلك رضى منه، كما قلناه في إعتاقه لها.

وبين أصحاب **الشّافعي** اختلاف في كون الوطء الواقع من المشتري رضىً بإجازة البيع أم لا؟ فذهب **أبو سعيد** منهم إلى أنّه رضىً منه كالعتق. وذهب **أبو إسحاق** إلى أنّه ليس برضى بخلاف العتق. وفرّق بينهما بأنّ الموطوءة يمكن ردّها إلى الملك، والمعتقة لا يمكن ردّها إلى الملك، فلا يعدّ وطء مشتريها بالخيار رضىً بالبيع.

ونحن كنّا قدّمنا أنّ المعتمد على ما تقتضي العوائد كونه علَما على الإجازة أو الفسخ وسَواء في ذلك البائع أو المشتري.

وأصحاب **الشّافعي** متّفقون على تسليم هذا لنا في جنبة البائع ومختلفون في المشتري. فمنهم من أجراه مجرى البائع على حسب ما صرنا نحن إليه. ومنهم من يجريه مجراه إلاّ فيما لا يمكن ردّه إلى الملك كالمعتق. وإمّا

---

(1) هكذا ولعل الصواب مكن.

يمكن[1] ردّه إلى الملك فإنّه لا يكون رضى كالوطء والبيع.

واعلم أنّ المذهب عندنا على قولين في البيع إذا وقع من المشتري بالخيار، هل يعدّ ذلك رضى منه بالإجازة، أو لا يعدّ ذلك منه رضى بالإجازة؟ كما حكاه في **المدوّنة** عن **ابن زياد عن مالك**: أنّه لا يبيع حتّى يختار. فإن باع فإنّ البائع بالخيار في أن يردّ بيعه أو يجيزه ويأخذ الثّمن الّذي باع به المشتري.

وأنكر **سحنون** تخيير البائع المذكور في هذه الرّواية، وإنّما سلم منها كون الرّبح الّذي يحصل للمشتري يستحقّه البائع. ولم يسلّم تمكينَه من فسخ البيع إذا أقرّ أنّه باع قبل أن يختار. وأمّا إن زعم أنّه لم يبع إلاّ بعد أن اختار، فإنّ القول قوله مع يمينه ويكون الرّبح له.

واعتلّ **ابن الموّاز** في منع المشتري من الرّبح بأنّ تمكين المشتري منه منهيّ عنه للحديث الوارد بالنهي عن ربح ما لم يضمن[2].

وقد ذكرنا عن أصحاب **الشافعي** أنّ عندهم قولين في بيع/ المشتري بالخيار، هل يكون رضى بالإجازة أم لا؟ كما حكينا الخلاف فيه أيضاً عن مذهبنا؟ وقد يهجس في النفّس أنّ الخلاف إنّما وقع عندنا في البيع، هل يكون رضى أم لا؟ لكون المبيع بالخيار ممّا يمكن ردّه بعد أن يباع، على/ حسب ما حكيناه عن بعضهم في تعليله المنع من كون الوطء رضى بخلاف العتق. وسلوك هذه الطّريقة تقتضي أن يكون عندنا اختلاف أيضاً في وطء المشتري. لكن العذر عن هذا عندي أنّ وطء المشتري لها يوجب المنع من ردّها على بائعها حتّى يستبرىء. فقد صار المشتري أحدث ما منع من ردّها، فأشبه ذلك العتق المتّفق على أنّه رضىً لكونه مانعاً من الرّدّ. وإن كان العتق يمنع من الرّدّ منعاً مؤبّداً، والوطء يمنع منه منعاً مؤقّتاً، وقد يكون مؤبّداً إن حملت من الوطء.

وهذا المنع يوجب غرامة ما منع المتعدّي من تمكين مالكه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وأمّا ما يمكن.

(2) الطبراني عن حكيم بن حزام فيض القدير ج6 ح 9480.

كما أنّه أيضاً يقال في الإعتراض على الشّافعيّة: إنّهم يرون أنّ الزّوج إذا طلّق طلقة رجعيّة، فإنّ وطأه لا يكون ارتجاعاً. وهم مختلفون في وطء المشتري بالخيار، هل يكون رضى أم لا؟ فيعتذرون على أحد القولين، والوطء لا يمكن الإشهاد عليه، والله سبحانه قد أوجب الإشهاد، فاقتضى هذا أنّ ما لا يمكن الإشهاد/ عليه لا يكون ارتجاعاً. ووطء المشتري بالخيار لم يرد في الشّرع إباحته، مشترطاً في الإباحة الإشهاد عليه. فلهذا حسن الخلاف فيه عندهم، ولم يحسن في وطء المطلق.

وممّا أيضاً يقع الاعتراض فيه ها هنا أنّ المشتري إذا اشترى عبداً بالخيار فأزوجه، فإنّ **ابن القاسم** جعل هذا رضى بالإجازة للشّراء. ولم يجعله **أشهب** علماً على الإجازة، إذا حلف المشتري أنّه لم يرض بالشّراء.

والفرق بين المسئلتين أيضاً أنّ المشتري للأمة لمّا زوّجها. كان الحكم إذا فسخ النّكاح منع سيّدها منها حتّى تستبرىء من وطء الزّوج. والمنع من ردّها يوجب غرامة قيمتها. بخلاف العبد الّذي يردّ إلى سيّده على الفور.

إلى هذا الفرق أشار **أبو القاسم بن الكاتب**. وهو إنّما يتصوّر إذا دخل بها الزّوج. لكنّه قد يقال: وإن لم يدخل بها الزّوج، فإنّ المشتري مكّنه من الدّخول لمّا زوّجه، والتّمكين من الدّخول يتضمّن المنع من ردّها فجرى العقد عليها للنّكاح مجرى الوطء لمّا كان يتضمّن الوطء.

وقد قيل: إنّ الفرق بين العبد والأمة أنّ العبد يحلّ عن نفسه بالطّلاق، والأمة لا قدرة لها على حلّ هذا العقد، فصار مشتريها أحدث مانعاً على التّأبيد. وقد قيل: إنّ نكاح العبد كاشتراء متعة له، وهذا لا يقدّر رضى بالإجازة. وإنكاح الأمة بيع لمنافع/ فرجها، والبيع علم على الرّضى،/ لا سيما مع كون نكاحها لا ينعقد إلاّ بإذن مالكها، فلمّا زوّجها المشتري. وفعل فعلاً لا يفعله إلاّ المالك، عدّ ذلك رضى منه.

وعندنا قولان أيضاً في رهن المشتري بالخيار ما اشتراه أو إجارته. فعدّ

ابن القاسم ذلك رضى بالإجازة. ولم يجعله **أشهب** رضى بالإجازة، إذا حلف المشتري أيضاً على أنّه لم يرض.

وكذلك تزويج العبد عند **ابن القاسم** رضى. وليس هو رضى عند **أشهب** بعد أن يحلف أيضاً.

وكذلك اختلف **ابن القاسم وأشهب** أيضاً في السوم بالعبد وإسلامه للكتاب أو الصناعة. فقال **ابن القاسم** إنّ ذلك رضى، وقال **أشهب** ليس برضى. وروي عنه أنّه استحلفه على أنّ هذه الأمور الّتي ذكرناها ليست برضى، كما استحلفه فيما قدّمناه من تزويج العبد وإجارته ورهنه. وفي بعض الرّوايات عنه ما ظاهره أنّه قصر اليمين على تزويج العبد وإجارته ورهنه.

وأمّا الجناية على العبد فإن كانت خطأً. فليستَ برضى. وإن كانت عمداً فجعلها **ابن القاسم**، أيضاً، علماً على القصد، يكون من المشتري رضىً بالقبول، ومن البائع رضى بالفسخ.

فأمّا جناية الخطإ فواضح أنّها لا تكون علماً على القصد، لأنّ وصفها بكونها خطأً ينافي وصفها بالقصد إلى كونها علماً على سخْط أو رضى. لكن روي عن **ابن القاسم** أنّه استحلفه في الخطإ. وإنّما استظهر عليه باليمين في هذا لإمكان ألاّ يكون.

وأمّا جناية العمد، فإنّ **أشهب** يقدّر أنّه قد (سقط عليها الغيظ)[1] من غير أن يخطر بالبال إمضاء المبيع أو ردّه. وقدّر **ابن القاسم** أنّه حين الجناية، وهو عالم أنّ ذلك لا يفعله إلاّ المالك، كالقصد إلى جعل الجناية علماً على القصد.

وإذا وقعت من المشتري جناية، أتت على نفس العبد أو عابته عيباً مفسداً، فإنّ **ابن القاسم** قال: إنّه يضمن الثّمن. وقال **سحنون**: إنّه يضمن القيمة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قد سلطها عليه لغيظ.

وهذا الخلاف في جناية الخطإ، أو جناية العمد، على الخلاف أنّها ليست بعلم على الرّضى. أمّا إذا قيل/ إنّها علم على الرّضى، فإنّ الواجب الثّمن، لأنّ المشتري إذا رضي بالقبول لزمه الثّمن وصار جانياً على ملكه. وقد قيل: إنّ مراد **ابن القاسم** بإلزامه الثّمن، القيمة، كما قال **سحنون**. وهذا لا يقتضيه ظاهر قوله، بل اسم القيمة تدلّ على مقدار ما يساوي الشّيء المقوّم. والثمن يدلّ على ما وقع التّراضي بكونه عوضاً.

وقال بعض المتأوّلين: لعلّه إنّما ألزم الثّمن لمن رضي بالقبول قبل أن يجني. وهذا تأويل فيه تعسّف.

وقد اختلف المذهب عندنا فيمن استهلك/ سلعة وقفت على ثمن، هل يضمن الثّمن الّذي وقفت عليه أم لا؟ ولكن بعض أشياخي أنكر تخريج الخلاف في الجناية على ما اشترى بالخيار على الخلاف في مستهلك سلعة وقفت على ثمن/ . وأشار إلى أنّ المراد بقوله: وقفت على ثمن، ما تمالأ عليه جماعة من المشترين حتّى صار ذلك كالعاطل[1]. وهذا الّذي أشار إليه لا يمنع أيضاً من أن يجري البائع بالخيار على ثمن سمّاه مجرى الممنوع بإتلاف المشتري ما اشتراه منه، لأنّه إذا باع السلعة بالخيار له بثمن التزمه مشتريها منه فأتلفها مشتريها منه، فإنّه قد منع البائع بإتلافه ممّا كان من حقّ البائع أن يلزمه إيّاه.

ولو كانت الجناية من البائع والخيار له وقبل البائع العبد، فلا مطالبة للمشتري عليه، لأنّه كان قادراً على فسخ البيع ومنع المشتري من المبيع.

فإذا كان الخيار للمشتري، والقتل خطأ وقع من البائع، فلا مطالبة للمشتري عليه، لأنّ المشتري لم يتقرّر له الملك فأتلفه عليه البائع فيطالب متلفه بما أتلف. لكن لو كان قتله البائع له عمداً وقيمة العبد أكثر من الثّمن، لكان من حقّ المشتري أن يطالبه بزيادة القيمة على الثّمن، لكونه له عليه أن يوفّيه بما باعه منه، ويمكنه من قبضه. فإذا منعه من التمكّن منه والقبض، صار كالغاصب له.

---

(1) كلمة غير واضحة.

والغاصب يضمن ما غصب.

وإن كانت الجناية من المشتري، فقد تقدّم الكلام عليها خطؤها وعمدها.

وإن كانت من أجنبيّ أخذ[1] لها أرش، فإنّ المشهور من المذهب أنّ الأرش للبائع لكون الملك لم يتحقّق خروجه من يده، فعِوَض ما تلف منه عائد إليه. وإذا كان ضمان هذا المبيع منه، كان له نماؤه وعليه نقصانه.

وذهب **ابن حبيب** إلى أنّ الأرش للمشتري إذا أُمضِي له البيع، بناء على ما قدّمناه من الخلاف في كون بيع الخيار معقوداً حتّى يُحَلّ بالفسخ، أو مترقّبا، فإذا وقعت الإجازة قُدِّر كأنّ العقد لم يزل مجازاً من وقت التّراضي. ولكنّ هذا التّخريج يقتضي أنّ العبد إذا مات في أيّام الخيار فأجيز البيع بعد موته فإنّ ضمان العبد من المشتري، لأنّه يقدر أيضاً كأنه مات بعد حصول انعقادِ منبرمٍ. ولكن هذا لم يذكره **ابن حبيب** ولا صار إليه، وكأنّه قدّر أنّ هذا الإختلاف في كون بيع الخيار منعقداً أو غير منعقد أو مترقّباً إنّما يتصوّر مع بقاء عين المبيع ووجود الغرض فيه، فإذا صار عدَماً لم يكن هناك شيء يخيّر فيه/ . ولعلّ **ابن القاسم** سلك هذا المعنى في قوله: إنّ أرش الجناية للبائع؛ لأنّها أيضاً ثمن عضو قد عُدِم. وعلى مقتضى هذا قال الأشياخ: لو كان الخيار للمشتري وجنى جناية خطأً ثمّ قَبِل المشتري، فإن أرش الجناية للبائع، ويكون المشتري كأجنبيّ في هذا، لما قدّمناه من التّعليل. هكذا نصّ عليه **ابن الكاتب** وغيره من الأشياخ.

هذا حكم الجناية على/ العبد في أيّام الخيار.

وأمّا لو كان العبد المبيع بالخيار هو الجاني، فإنّ لسيّده/ أن يُسلِمه. فإن أسلمه والخيار له، عدّ ذلك ردّاً للمبيع. وإن افتداه عاد العبد إلى ما كان عليه من الخيار لبائعه في أن يمضي البيع على المشتري أو يفسخه. لكنّه إن كانت الجناية عمداً صار ذلك عيباً في العبد المبيع، وللمشتري أن يمتنع من القبول لحدوث هذا العيب.

---

(1) هكذا... ولعل...: وأُخذ.

وأمّا إن كان الخيار للمشتري وافتداه سيّده، فإنّ المشتري باقٍ على خياره في أن يقبل العبد أو يردّه، كحكم ما قدّمناه في العيوب الحادثة في أيّام الخيار.

وإن أسلمه سيّده، والثّمن أكثر من قيمة الجناية، فإنّ للمشتري أن يدفع الثّمن فيأخذ منه المجنيّ عليه قيمة جنايته، ويكون ما فضل من الثّمن لسيّد العبد. وليس لسيّد العبد أن يمنع من ذلك لكونه في منعه من ذلك مسقطاً لما ثبت من حقّ المشتري في القبول للمبيع، ومضرّاً بنفسه في إبطال دنانير يأخذها، وهي ما فَضُل عن قيمة الجناية، ولا غرض صحيح في الامتناع من هذه الفضلة من الثّمن.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال: إذا ولدت الأمة الّتي اشتريت بالخيار، فإن اختير الفسخ، بقي الولد تبعاً في الملك لأمه. وإن اختير إمضاء العقد، ففي المذهب قولان.

مذهب **ابن القاسم** أنّ الولد للمشتري الّذي أمضى عليه العقد في الأمّ.

ومذهب **أشهب** أنّ الولد للبائع.

لكنّه ذكر في **المدوّنة** أنّ المتعاقدين يؤمران بأن يجمعا بين الأمّ وولدها. فإن لم يفعلا نقض البيع.

واختلفت إشارة المتأخّرين في تأويل قوله: يجمعان بينهما. هل المراد جمعهما في ملك أو حوْز؟ وهذا يبيَّن أصلُه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقد اختلف أيضاً في فسخ هذا البيع لأجل التّفرقة. فقيل بفسخه. وقيل: هذا لا يفسخ، لأنّ أصل البيع كان جائزاً لم يعقد على التّفرقة. ويقدح في هذا التّعليل بأنّ الحامل إذا كانت على الولادة، والمتعاقدان يعلمان أنّ الولد للبائع، صار كمن عقد على التّفرقة.

وقد عارض **ابن أبي زمنين** هذه المسئلة بأن قال: الحامل مريضة وبيع المريض لا يجوز عند أصحاب **مالك**. وأشار إلى أنّه يمكن أن يكون ما/ وقع

من هذا الإختلاف، الّذي ذكرناه، محمولاً على أنّ هذه الأمة لم يعلم بحملها حين العقد.

وهذا الّذي اعتذر به فيه بعد، ولا يكاد يخفى حمل امرأة قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة إلاّ في صورة نادرة.

وهذا الّذي ذكره **ابن أبي زمنين** من كون أصحاب **مالك** يمنعون من بيع المريضة، والحاملُ مريضة. وقد ذكر **إسماعيل القاضي في المبسوط عن عبد الملك بن/ الماجشون** أنّ الحامل إذا جاوزت ستّة أشهر. جازت عطيّتها في الثّلث، كالمريضة. ومنع من بيعها إن كانت أمة كما يمنع من بيع المريض المدنف. وسنبسط الكلام على حكم الحامل في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا سبب الإختلاف في كون الولد للبائع أو المشتري، فإنّه يلتفت فيه إلى أصلين، أحدهما: هل للحمل حصّة من الثّمن أم لا حصّة له من الثّمن؟

فإن قلنا: إنّ له حصّة من الثّمن، فينبغي ألاّ يختلف في كونه للمشتري. لأنّه إذا كان له حصّة من الثّمن، صار المشتري كأنّه دفع الثّمن عن سلعتين، وهما الأمّ وجنينها. ومن اشترى بثمن واحد سلعتين فلا يقال: إنّ إحداهما تبقى للبائع. واستدلّ من قال: إنّ له حصّة من الثّمن، بأنّ اللّبن المغيّب في الضّرع له حصّة من الثّمن، ألا تراه ﷺ حكم في المصراة **إذا ردّت أن يردّ معها صاعاً من تمر عوض لبنها** (1)، لكون/ اللّبن الّذي في الضّرع يجب أن يردّ للبائع إذا ردّت عليه، وما حدث بعد ذلك فهو للمشتري. فلمّا اختلط ما يجب ردّه وما لا يجب، عوّض عن الجميع بصاع من تمر.

وإن قلنا: إنّ الحمل لا حصّة له من الثّمن، كيَدِها أو رجْلها أو سمنها، فإنّه يجري حكم الولد على ما تقدّم من الاختلاف في بيع الخيار، هل هو محلول حتّى يعقد بالإجازة؟ فيقتضي هذا كون الولد للبائع، لأنّ البيع إنّما انعقد بعد انفصال الولد عنها، فلم يشتمل العقد عليهما كما لم يشتمل على بيع أمة

(1) حديث مشهور متفق عليه. الهداية: 7: 332 ـ 333.

أخرى للبائع. وإن قلنا: إنّه معقود حتّى يحلّ بالفسخ أو إنّه مترقَّب، حسن ها هنا أن يكون للمشتري، لأنّه حدث بعد انعقاد البيع له.

وقد أشار بعض أشياخي إلى أنّ هذه الجارية المبيعة بالخيار لو كانت عَلِيّة، فإنّ للبائع مقالاً في هذا النّماء الحادث في أيّام الخيار، وذلك أنّ حملها عيب، فإذا وضعت زال هذا العيب، وزواله في الخيار كنماء حادث، والنّماء الحادث للبائع، كما أنّ النّقص عليه على ما سننبّه عليه إن شاء الله تعالى/ .

وقد يقال في[1] أنّ هذا النّماء ليس كالحادث لأنّهما حين العقد يظنّان أنّه يحصل بخلاف نماء حادث لم يخطر ببالهما حين العقد. وقد ذكرنا فيما قدّمنا المعتمد في اعتبار ما يكون رضى، وبسطنا القول في فروع هذا الباب.

وقد قال **سحنون**: كلّ ما كان إذا وقع من المشتري كان علماً على القبول، فهو إذا وقع من البائع، والخيار له، كان علماً على الرّدّ.

وهذا فيه نظر، لأنّ المشتري إذا اشترى بالخيار فأجّر المبيع، أو رهنه إلى انقضاء مدّة الخيار، فإنّ هذا قد لا يعدّ منه علماً على القبول. وقد ذكر **سحنون** أنّ الغرس والبناء/ والهدم عَلم أيضاً على المقاصد إذا فَعَل ذلك من له الخيار. وإن فعله من المتعاقدين من ليس له الخيار، فإنّه إذا انحلّ العقد بالفسخ أعطى قيمة بنائه منقوضاً لتعدّيه في البناء. ولم يجعل كون العقد والخيار لغيره، ويمكن أيضاً أن يمضَى عليه ـ شبهةً توجب إعطاءَه قيمة البناء قائماً، لا سيما عند رأي أنّ بيع الخيار معقود حتّى يحلّ بالفسخ.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال: إذا اختلف المتبايعان بالخيار فقال أحدهما: تعاقدنا على البتّ، وقال الآخر: بل على أنّ الخيار لي. فقال **ابن القاسم**: القول قول مدّعي البتّ. وقال **أشهب**: القول قول مدّعي الخيار.

وهذا الإختلاف بين المذهبين راجع إلى أصل معروف اختلف فيه **ابن القاسم وأشهب**.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف حرف الجرّ أو إتمامه بـ هذا.

وذلك أنّ **ابن القاسم** يبعض الجُمَل، وإن سيقت في سياق واحد، فيعطي الجملة الأولى حكم نفسها. وإذا فعل ذلك فقد تصير الثّانية كالرّجوع عمّا تضمّنته الأولى. فإذا قال: بعتك هذا الثّوب، فإنّ هذه الجملة ظاهرها أنّها تستقلّ في بتات البيع. فإذا قرن بها جملة ثانية فقال: وشرطي في الخيار، صار ذلك كدعوى رفع بها حكم الأوّل فلا يقبل منه.

وقدّر **أشهب** أنّ الفائدة والعلم بالمقصد إنّما يحصل بعد استيفاء المتكلّم جميع الجمل. فإذا فرغ منها حكم عليه بما اقتضاه مجموعها، لأنّه لم يقرّ إلاّ على صفة أو شرط، فلا يؤخذ بأكثر ممّا أقرّ به. فإذا قال: بعتك وشرطت الخيار، لم يتضمّن هذا الإقرار أكثر من عقد بخيار. فلا يقدّر أنّه صار مقرّاً/ مدّعياً.

وهذا مثل اختلافهما في قول رجل: أخذت منك هذا المال وديعة؛ وقال الآخر: بل أسلفتك إيّاه. فإنّ **ابن القاسم** يقدّر أنّ إقراره تضمّن تسليم ملك ما أخذ للمقرّ له. فإذا سلّم ذلك، صار مُدَّعىً عليه أنّه ائتمنه عليه. فلا يقبل دعواه ما يرفع حكم تسليم الملك للمقرّ له.

وقدّر **أشهب** أنّه لم يقرّ له بتسليم الملك مطلقاً، بل على صفة، وهو كونه سلم ملكه إليه مؤتمناً عليه.

ولم ينقل عنهما اختلاف فيمن قال: عندي لك دين وقضيتك إيّاه. لأنّ هذه الجُمل يترتّب بعضها على بعض في حكم العقل، فيترتّب أيضاً في حكم الشّرع. وذلك أنّه معلوم أنّ القضاء للدّين لا يكون إلاّ بعد استقراره في ذمّة، وإذا استقرّ في الذّمّة، فحينئذ يمكن قضاؤه. فيصير[1] المقرّ قد تضمّن إقراره بدين ترتّب في الذّمّة، ثمّ يدّعي أنّه قضاه بعد ذلك فلا يقبل منه، كما لو أقرّ بدين، إقراراً مطلقاً، ثمّ زعم بعد مدّة أنّه قضاه. وهذا تبسط فروعه في موضعه إن شاء/ الله تعالى.

---

(1) في المدنية: فيكون.

ولو كان اختلافهما بأن ادّعى كلّ واحد منهما الخيار لنفسه دون صاحبه، فإنّه اختلف في ذلك أيضاً.

فقيل: يتحالفان، ويحكم لمن أراد إمضاء البيع دون من أراد ردّه.

وقيل: يتحالفان، ويحكم لمن أراد ردّه دون من أراد إمضاءه.

وقال **ابن الموّاز**: القول قول من أراد إمضاء البيع.

وهذا الإختلاف راجع إلى ما قدّمناه، هل يقبل قول من ادّعى البتّ؟ فيقضى ها هنا لمن أراد الإمضاء على طريقة **ابن القاسم**. وإليها أشار **ابن الموّاز**، لأنّ من أراد الإمضاء، صار كمدّعي البتّ. لكن **ابن الموّاز** لمّا رأى أنّ أحد المتبايعين إذا ادّعى الخيار، وادّعى الآخر البت، فإنّ مدّعي البت يصدق مع يمينه عند **ابن القاسم**، ولا يستحلف مدّعي الخيار إذ لا فائدة في يمينه، إذا حلف مدّعي البتّ، أجاب ها هنا بأنّ الإقتصار على تحليف مدّعي الإمضاء خاصّة.

وقد أشار بعض حذّاق الأشياخ إلى أنّه لا وجه لما وقع ها هنا من أنّهما يتحالفان.

وعلى طريقة **أشهب** يكون القول قول من أراد الرّدّ، لأنّه إذا اختار الرّدّ، صار حين اختياره كمدّعي انعقاد البيع على خيار، ومن ادّعى انعقاد البيع على خيار لم يؤخذ عنده بأكثر ممّا أقرّ به، لأجل ما قدّمناه، لا سيما إذا قلنا: إنّ بيع الخيار محلول حتّى يعقد بالإمضاء، فإنّ هذا يقتضي أنّ مدّعي الخيار ما أقرّ ببيع، ولا عقد قطُّ، فلا تقبل دعوى أخرى عليه في ذلك. والّذي أشار إليه بعض الأشياخ من كون استحلافهما جميعاً لا وجه له. وأشار إلى أنّه يمكن أن يراد بالقول: يتحالفان، أنّ أحدهما يحلف، ولكن لمّا كانت يمينه باستدعاء صاحبه، وباختلاف وقع بينهما فيما اتّفقا على ثبوته واختلفا في محمله وهو الخيار، صارت يمين أحدهما يحسن العبارة عنها بالتّحالف.

وهذا تأويل فيه تعسّف. فإن كان ما قيل من أنّهما يتحالفان أريد به أنّ تحالفهما يقع بعد سماع قول أحدهما: رَدَدْتُ؛ وقول الآخر: أمضيت، فإنّه لا وجه له/. وأمّا إن لم يقل واحد منهما ما عنده من ردّ أو إمضاء وقال: لا أبوح بما عندي إلاّ بعد أن أعرف هل القول قولي، فأحلف عليه أو أردّ اليمين فيه. أو القول قول صاحبي، وإنّما أحلف إذا نكل؟ فهذا يمكن أن يتصوّر فيه غرض يقتضي تحالفهما.

هذا قصارى ما يمكن عندي أن تصرف إليه الرّوايات.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر أن يقال: الأصل الّذي يعتبر فيه حكم ما يضمن وما لا يضمن ممّا اختلف النّاس/ في ضمانه من هذه المعاني، كالرّهان والعواري وما يصنعه الصّنّاع، إلى غير ذلك ممّا في معناه، سنبيّنه في موضعه إن شاء الله تعالى. ولكن نشير ها هنا إليه/. فاعلم:

أنّ الوديعة متّفق على أنّه لا يضمنها من هي في يديه، لكون الملك لم ينتقل فيها إلى من هي في يديه، ولا قبضها من هي في يديه لمنفعة نفسه، بل لمنفعة ربها.

والمبيع بالخيار يعرض على هذا الأصل.

وقد ذكرنا ما وقع من الإضطراب في بيع الخيار، هل هو محلول حتّى يعقد؟ أو معقود حتّى يحلّ؟ وكيف جرت الحال فإنّ الملك لم ينتقل فيه انتقالاً تامّاً، ولكن يجب أن ينظر فيه من ناحية المنفعة فيه لمن تحصل. فإذا تقرّر هذا الأصل فاعلم:

أنّ المذهب أنّ السلعة المبيعة بالخيار إذا كانت في يد البائع فإنّ ضمانها منه، سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لهما جميعاً. لأنّها إذا كانت في يديه وقلنا: إنّ عقد الخيار لا يقدّر عقداً إلاّ حين إمضائه، ولا ينقل ملكاً، فإنّه يتّضح كون الضّمان منه لتلف ملكه في يديه. وكذلك إن قلنا: إنّه منعقد حتّى يفسخ، فإنّه أيضاً لا يقتضي هذا الملكَ التّامّ للمشتري، وإذا لم يكن الملك تامّاً، بقي

الملك على ما كان عليه، فيكون ضمانه من صاحبه.

وأمّا إن كان المبيع بالخيار في يد المشتري والخيار له، فإنّ المذهب أنّ ما يغاب عليه يكون ضامناً له. ولا يصدق في ضياعه إذا لم تقم له بيّنة على ذلك.

فإن قامت له بيّنة بضياعه فذلك على قولين، فعلى أصل **ابن القاسم** يسقط الضّمان إذا قامت البيّنة، لكون الأصل سقوط الضّمان عن المشتري لأجل ما قدّمناه. وإنّما ضمن ها هنا للتّهمة أنّه أخفى المبيع وادّعى ضياعه مع كون هذا المبيع في يديه لمنفعة نفسه، وكون البيع فيه منعقداً حتّى يفسخ على أحد الطّرق.

وأمّا إن كانت السلعة في يد المشتري، والخيار للبائع خاصّة، فالمشهور من المذهب أيضاً أنّ المشتري ضامن لما يغاب عليه، لكون ذلك في يديه على جهة البتات، والعقد اللاّزم له الّذي لا قدرة له على حلّه.

/ وذهب **ابن كنانة** إلى أنّ الضّمان ها هنا من البائع. وكأنّه قدّر أنّ المنفعة في إيقاف هذا المبيع للبائع خاصّة دون المشتري، لأنّ المشتري قد قبض السلعة على أنّ ثمنها لازم له لا إنفكاك له منه إذا شاء البائع، فوقفه البائع عن التّصرّف فيها كما يتصرّف المالك، والانتفاع بها لمنفعة نفسه في تدبير رأيه في إمضاء البيع أو ردّه، وقد قدّمنا أنّ الضّمان تعتبر فيه المنفعة لمن هي، فيكون الضّمان منه، على حسب ما تقدّمت الإشارة إليه. فهذا سبب الخلاف الّذي وقع في المذهب في هذا الوجه الّذي عقد فيه الخيار للبائع خاصّة، وقد قبض المشتري السلعة.

وإذا علمت حكم ضمان الرقبة المبيعة كلّها، فإنّك تعلم من ذلك ضمان/ أجزائها. فإذا باع أمة على أنّ الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما جميعاً، وكان ضمانها من المشتري إذا قبضها على حسب ما قدّمناه، اقتضى هذا أنّه إن حدث بها عيب في أيّام الخيار فإنّ مصيبة هذا العيب من البائع، كما لو ماتت الأمة.

كانت مصيبتها منه. لكن يكون للمشتري الخيار في ردّها بهذا العيب، لكونه في ضمان البائع كما بيّناه. فصار كعيب بالجارية سبق العقدَ فإنّ له الرّدّ به. فإن رضي به المشتري ثمّ اطّلع على عيب قديم بعد إمضاء البيع، فإنّ له الرّدّ به، لكونه وقع العقد على أنّ المبيع سالم منه، وليس له أخذ قيمته كما سنبيّن في كتاب الرّدّ بالعيب هذا، إن شاء الله تعالى.

ولو حدث عنده عيب مفسد واطّلع على هذا العيب القديم، لجرى الأمر فيه على ما سنبيّنه من كونه بالخيار بين أن يأخذ قيمة العيب، أو يردّ الأمة ويردّ ما نقَصَ من ثمنها هذا العيب الحادث عنده. فإن اختار أخذ قيمة العيب قوّمت على أنّها بعيب الخيار، لكون العقد إنّما أمضي بعد الإطّلاع عليه والرضا به، فصار كمن اشتراها سليمة، فيقال: ما قيمتها بالعيب الحادث في أيّام الخيار؟ فإن قيل: مائة، قيل: ما قيمتها بالعيب القديم؟ فإن قيل: ثمانون؛ فقد تبيّن أنّ البائع أمسك مقدار خمسها، لكون العشرين من المائة خمساً. فينظر إلى الثّمن الّذي عقد به، فإن وجدناه مثلاً خمسين ديناراً، حطّ عنه من الخمسين ديناراً خمسها، لأنّ البائع إنّما أمسك له ما هو عوض عن خمس الثّمن الّذي وقع العقد به. وإنّما رجعنا إلى القيمة حين العقد[1] البيع بذهاب أيّام الخيار، وبخروجها عن المواضعة إن كانت عليه، ليستدلّ بذلك على خمس الثّمن الّذي تراضيا به، لكونه قد يكون فيه غبن على البائع أو المشتري.

وإن أراد أن يردّ ويردّ ما نقص. زدنا قيمة ثالثه، فقلنا: وكم تساوي إذا أضفنا إلى ما تقدّم هذا العيبَ الحادثَ عند المشتري؟ فإن قيل: ستّون ديناراً، فقد علمنا أنّه قد نقصها العيبُ الحادث عنده ربعَ ما حصل/ في يديه منها، ما يقابل الثّمانين ديناراً، والعشرون منها ربعها. وهي أيضاً خمس آخر من المائة، الّتي هي مبدأ التّقويم. فيكلّف المشتري أن يردّ معها مقدار خمس الثّمن كلّه أو مقدار ربع ما حصل عليه من الأمة، وذلك عشرة دنانير. فإذا اختار أخذ القيمة

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: انعقد.

عوضَ العيب القديم كان عوضُ هذا العيب عشرة دنانير من الخمسين ديناراً. وإن اختار أن يردّ ويردّ ما نقص عنده العيب الحادث/ ، ردّ أيضاً عشرة دنانير وهي ربع الأربعين ديناراً الّتي كانت تستقرّ عليه إذا رجع بقمية العيب. وهي أيضاً خمس الثّمن المتّفق عليه عند العقد.

ولو عقد بيع هذه الأمة المبيعة بالخيار عقداً فاسداً، لأجل اشتراط النّقد، أو لغير ذلك ممّا في معناه، فإنّ الثّمن المتّفق عليه ساقط، ويجري الأمر فيها مجرى البيوع الفاسدة. فيفسخ البيع إن كانت قائمة، لم يحُلْ سوقها، ولا حدث عند المشتري عيب. فإن حال سوقها كان المشتري بالخيار بين أن يرضى بالعيب القديم الّذي اطّلع عليه، فتلزمه قيمتها يوم مصير مصيرها في ضمانه وقبضه لها. فيقال: ما قيمتها بالعيب الحادث في أيّام الخيار؟ وبالعيب القديم الّذي اطّلع عليه المشتري بعد إمضاء الشّراء؟ فما قيل: إنّه قيمتها، لم يكن على المشتري أكثر منه، فإن شاء أن يردّها بالعيب القديم، كان له ذلك، لأنّ الرّدّ بالعيب لا يفتيه حوَالة الأسواق. هذا مذهب **سحنون**.

وذهب **ابن القاسم وأشهب** إلى أنّه إذا أسقط حقّه في القيام بهذا العيب القديم، وقام بحكم البيع الفاسد، فإنّه يلزمه قيمتها بعيب الخيار خاصّة، لكونه لما قدر على الرّدّ بالعيب القديم فعدل عن ذلك إلى إسقاط حقّه فيه، صار كالرّضا به، وكأن العقد وقع على الرّضا به، فتلزمه قيمة الأمة سالمة منه لكونه كالرّاضي به. وإذا قرّرناه كالرّاضي به، صار كعيب حدث/ ، فإذا ألزمناه القيمة، فإنّما تقوم سالمة من العيب الذي حدث عنده. ولو أسقطنا عنه في التّقويم هذا العيب الّذي حدث عنده، لكنّا كمن قضى بأخذ قيمة العيب الّذي يطّلع عليه المشتري في البيع الصحيح ولم يحدث عنده عيب، لأنّ حطيطة مقداره من القيمة كحطيطة مقداره من الثّمن الّذي عقد به البيع الصحيح.

فإذا تقرّر حكم الضّمان في البيع الصحيح وحكم العيوب الحادثة في أيّام الخيار في البيع الصحيح أيضاً، وحكم ما حدث من العيب في البيع بالخيار إذا

عقد على فساد، فإنّ إشارة الأشياخ اختلفت في ضبط المذهب في ضمان الأمة المبيعة على خيار بشرط النّقد.

فأشار بعضهم إلى أنّها إذا هلكت السلعة المبيعة بشرط النّقد في بيع الخيار، ولم تذهب أيّام الخيار، فإنّ المذهب لم يختلف في كون ضمانها من البائع، لأنّه إذا كان ضمانها من البائع في بيع الخيار المعقود على الصحّة، فأحرى أن يكون ضمانها من البائع في البيع الفاسد، لكون العقود الصحيحة توجب ضمان المشتري ما لا توجب العقود الفاسدة، كما تقدّم بيانه في موضعه.

وإنّما اختلف المذهب فيمن اشترى سلعة بالخيار، وضرب للخيار مدّة يجوز أن تضرب في عقد الخيار، فإنّ هذا قيل فيه: إنّ الضّمان من البائع، لما قدّمناه من التّعليل، وقيل: بل الضّمان فيه للمشتري. وأشار **ابن سحنون** إلى التّفرقة بينه وبين فساد بيع الخيار لأجل ما قارنه من شرط النّقد، لم [1] يفسد من قبل ذاته، ولكن من قبل امرىء [2] آخر ضامّه، فلا يسري فساد ما ضامّه إليه، ويبقى على أحكام الخيار الصّحيح في كون الضّمان من البائع.

وأمّا ما اشترط فيه من الخيار أمد بعيد، فإنّ الخيار فسد من ذاته ليس من جهة معنى آخر سار إليه الفسادُ منه.

فإن فسد من ذاته، صار لا حكم له، وإذا لم يكن له حكم، صار المبيع بِيعَ بيعاً فاسداً من غير خيار، فيضمن بالقبض على حسب ما توجبه أحكام البياعات الفاسدة.

وهذا الّذي بسطناه نحن ممّا أشار إليه **ابن سحنون** يظهر وجهه على طريقة من يقول: إنّ من اشترط النّقد في بيع الخيار إذا أسقط مشترط النقد شرطه، صحّ العقد، كما يصحّ إذا أسقط مشترط السلف شرطه في البيع الّذي عقد على

---

(1) كذا بالنسختين، ولعل الصواب: فلمْ.

(2) كذا بالنسختين، ولعل الصواب: أمْر.

سلف، لكون الفساد لم ينصرف إلى الثّمن ولا المثمون والعقد، بل لمعنى آخر. فكذلك يكون حكم هذا الفساد باشتراط النّقد في الخيار.

واعلم أنّه لو تنازع المتبايعان في الأمد الّذي هلك فيه المبيع في أيّام الخيار، فيقول البائع: هلكت السلعة بعد إمضاء العقد، فلا ضمان عليّ. ويقول المشتري: بل هلكت قبل إمضاء العقد، فلا ضمان عليّ. فإنّ القول قول البائع لكون المشتري يدّعي حلّ العقد الّذي كان بينهما.

وتأوّل هذا **ابن أبي زيد** على أنّ أيّام الخيار انقضت، واختلفا بعد انقضائها. وأمّا إن لم يتّفقا على انقضائها، فإنّ القول قول المشتري لكون البيع لم ينعقد. وسنبسط الكلام على هذا في كلامنا على اختلاف المتبايعين في موت العبد في أيّام العهدة.

وإذا ادّعى المشتري ذهاب العبد بالإباق، أو غير ذلك من الحيوان الّذي لا يغاب عليه، فإنّه يصدق في ذلك إذا لم يتبيّن كذبه.

بخلاف/ الموت إذا ادّعاه وهو بموضع لا يكاد يخفى، فإنّه لا يقبل قوله إلاّ أن يصدقه من حضر من العدول. واستظهر **ابن حبيب** عليه باليمين أنّ العبد ما أبق إلاّ قبل أن يختار إمضاء العقد. فإذا حكمنا بتصديق المشتري في دعواه الإباق، إذا لم يتبيّن كذبه/ ، فإنّه أيضاً يستظهر عليه باليمين على صحّة ما قال.

وذهب بعض الأشياخ إلى أنّه يستحلف في هذا المتّهم وغير المتّهم. وكذلك في دعوى ذهاب ما يستعار ممّا لا يغاب عليه، أو يستأجر، فإنّه يستحلف المتّهم وغير المتّهم، لكون هؤلاء إنّما قبضوا ما قبضوه لمنفعة أنفسهم، وقد/ تعرّضوا للضّمان. بخلاف ما قيل في الوديعة من التّفرقة بين المتّهم وغير المتّهم، في كون من لا يتّهم لا يستحلف على الضّياع، لكونه أؤتمن على ما قبضه قبضاً لا منفعة له فيه مع كونه بعيداً من الخيانة، فلهذا أسقط عنه اليمين. وسنبسط نحن هذا في موضعه إن شاء الله تعالى. كما أنّا نذكر

ها هنا سؤالاً ذكره في **المدوّنة** في كتاب بيع الخيار. ونبسط ما تعلّق به في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذلك أنّه ذكر في **المدوّنة** فيمن باع رقيقاً أو غنماً على أنّه بالخيار إلى أن ينظر إليها فيرضاها أو يردّها. فذكر أنّه إذا نظر إلى بعضها وسكت، ثمّ استوفى النّظر إلى جميعها. وقال: لا أرضى، فإنّ البيع لا يلزمه.

وذكر في الطّعام إذا نظر إلى بعضه فرضيه، ثمّ نظر إلى بقيّته فقال: لا أرضى، فإنّه تلزمه البقيّة إذا كانت على صفة ما رءاه فرضيه. لأنّ قوله لمّا رأى البعض: رضيتُه، وقد عقد على الكلّ، فإنّ قوله هذا كالنّطق بأنّه رضي بالكلّ. ويعدّ قوله بعد هذا ندماً منه.

وأشار بعض الأشياخ إلى أنّه لو قال في العبيد والسلع، وقد رأى بعضها: رضيتُه؛ فإنّه يلزمه البقيّة إذا كانت مثل ما رضي. ولا يقبل قوله، لمّا رأى البقيّة، إنّي لا أرضى. ولا عذر له بأن يقول: ظننت أنّ الّذي بقي خير ممّا رأيت. ولو قبل هذا منه لكان الطّعام والسلع فيه سيّان في قبول هذا العذر منه.

وإنّما افترق الجواب لافتراق السؤالين.

وذلك أنّه ذكر في الطّعام أنّه رضي ببعضه، ولم يذكر رضاه بالبعض في السلع. فلو أسقط في آخر السؤالين، ما أسقطه في الآخر من الرّضا، أو أثبت في أحد السؤالين من الرّضا ما أثبته في الآخر، لاستوى الجواب فيهما.

وقد يقال ها هنا إنّ الطّعام ممّا لا تختلف الأغراض فيه اختلافاً بيّناً، فالرّضا ببعضه رضا ببقيّته إذا كانت على صفته. والعبيد والسلع تختلف الأغراض فيهما اختلافاً بيّناً، وقد يظنّ قوم أنّ هذا العبد مثل هذا، ويختلف شأنهما عند آخرين اختلافاً بيّناً.

ولو أراد البائع أن يُلزم المشتري مقدار ما رضي به من الطّعام، وأسقط عنه المطالبة بما بقي ممّا قال: لا أرضاه، فإنّ هذا يجري مجرى من اشترى طعاماً فاستُحِقَ من يديه بعضه، فإنّ المستحقّ إن كان كثيراً، وهو مقدار الثّلث

ونحوه عند **ابن القاسم**، فإنّه لا تلزمه البقيّة. وإن كان يسيراً، كالخمس ونحوه، لزمته البقيّة. وما عدا/ الطّعام، من مكيل أو موزون أو عروض، فإنّ النِّصْف عنده في حكم اليسير، فلا يكون للمشتري مقال/ في ردّ ما لم يستحقّ.

ولو كان المشتري ها هنا أراد التمسّك بما رضيه من الطّعام وامتنع البائع، فإنّه لا يفرّق ها هنا بين القليل من الكثير من الطّعام، ولا في غيره من مكيل أو موزون، لكون البائع/ يعتلّ بأنّ المكيل والموزون، طعاماً كان أو غيره، إذا أفرد المعيب منه بالبيع دون السالم، لم يرغب فيه. وإذا أُضيف المعيب إلى السالم رغب فيه لتشابه أجزائه. بخلاف السلع. فإنّه يراعى في المعيب منها أكثر الصفقة أو أقلّها كما سيرد بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث عشر أن يقال: إذا اشترى رجل من رجل ثوباً بالخيار، ثمّ اشترى من رجل ثوباً آخر بالخيار فاختلطا عليه، فإنّه اختلف في هذا. فذكر **مالك** أنّه يضمن بالغلط ها هنا. وذكر ابن **كنانة**، في كتب المدنييّن، أنّه لا يضمن.

فإذا قلنا بالضّمان. فإنّ **مالكاً** قال: يضمن الثّمن إذا تقارّا على الأثمان، وادّعى كلّ واحد من المتبايعين الثّوب الأرفع، ولم يعلم المشتري الصادقَ منهما، لأنّه لوعلم بذلك لكان القول قوله في تعيين ما لكلّ واحد منهما؛ كما قدّمناه قبل هذا، في كون المشتري مصدقاً في عين ما اشتراه بالخيار إذا ردّه على بائعه.

وأمّا ابن **كنانة** فأسقط الضّمان عن المشتري، وقضى عليه بردّ الأرفع الّذي تنازع فيه البائعان، فيتحالفان ويتقاسمانه، كالحكم في مال يدّعيه رجلان، ويبقى الثّوب الّذي (. . . . .)[1] البائعان على أنّه ليس ثوبهما موقوفاً حتّى ينظر فيمن يدّعيه.

وسبب هذا الإختلاف الإلتفات إلى حكم ما أتلف غلطاً، فإنّه إن وقع

---

(1) بياض في النسختين مقدار كلمة، ولعله: يرفضه.

وقوع الغلط والخطأ فيما أذن الشّرع في التصرّف فيه كالعمد في تلف الأموال، كمن تصرف في الطّرقات الّتي أباح الشّرع له التصرّف فيها ولغيره من النّاس. فمن عثر على مال فأتلفه فإنّه يضمنه، لمّا دعت الضّرورة إلى صيانة الأموال عمّا لا قدرة عليه لمالكها في صيانتها.

فإذا كان الخطأ على إذن خاصّ وقع في هذا الإختلاف. كما اختلف المذهب عندنا فيمن أذن لرجل في دخول بيته فمرّ على مال فأتلفه غلطاً منه.

وحسّن الخلاف في هذا لكون المالك قادراً على أن يصون ماله عن هذا الّذي زعم أنّه أتلفه غلطاً بأن لا يأذن له في دخول بيته.

وكذلك ما نحن فيه قد سلّم كلّ واحد من المتبايعين ثوبه للمشتري بالخيار مع تجويزه أن يشتري ثوباً غيره، فيختلط عليه الثّوبان. فصار كالدّافع عنه بإذنه عهدة النّسيان والغلط.

أو يقال: / إتلاف المال غلطاً كإتلافه عمداً، والبائع لم يأذن له فيما يؤدّي إلى تلف ماله، فاستوى العمد فيه والخطأ، كما قلناه في الإذن العام.

وإذا قلنا بأنّه يضمن الثّمنين، فإنّ له أن يدفع الثّوب الأرفع، الّذي تداعى فيه البائعان لأحدهما، ويغرم للآخر ثمن الثّوب، لأجل أنّه لو أراد التمسك بكلّ واحد من الثّوبين ودفع ثمنه لبائعه، لم يكن لبائعه أن يمنعه من ذلك. فإذا أسلم لكلّ واحد الثّمن، الّذي اشترى به ثوبه منه، لم يكن للبائع مقال. وكذلك إذا أسلم أحدَهما ثمن الثّوب صار كراضٍ باشترائه. وإذا ردّ على أحدهما الثوب الجيّد صار كمن فسخ البيع فيما اشتراه بالخيار.

ولو اختلف ثمن الثّوبين، لكان أيضاً الحكم كذلك في تخييره بين أن يغرم لكلّ واحد الثّمن الّذي عقده به، أو يضمن لأحدهما الثّوب ويعطي للآخر هذا الثّوب الأرفع الّذي تنازعا فيه، لأجل ما ذكرناه من التّعليل في كونه محكَّما في إمضاء الشّراء أو ردّه.

وقد ذكر ابن كنانة أنّ المشتري لو قطّع أحد الثّوبين، وأتى بالآخر ليردّه،

فأنكره البائعان، وادّعى كلّ واحد منهما أنّ الثّوب المقطوع هو ثوبه، أنّ المشتري/ يضمن الثّمنين.

وهذا قد يُحَسُّ في النّفس أنّه كالنّقض لما أصِّل من كون الغلط لا يضمن به المشتري. لكن العذر عن هذا عندي أنّ المشتري إذا قطع الثّوب، لم يكن له ردّه، لكونه فعل فيه ما هو رضى بالشّراء والتزاماً[1] له، أو فعل ما أتلف الثّوب به، فلا يكون له ردّه.

وإذا منع الرّدّ لأجل هذا، واستقرّ عليه ثمن الثّوب المقطوع، وكلّ واحد يطالبه بثمن ما باعه منه، وهو لا يدري عين من يستحقّ عليه ثمن هذا المقطوع من هذين البائعين، وجب عليه أن يغرم له هذا الثّمن لكونه شاكاً في وجوب ذلك عليه لهذا البائع. كما نقول فيمن ادّعى على رجل بمال، والمدّعى عليه يشكّ في صدق المدّعي، فإنّ المدّعي يأخذ ما ادّعاه، لكونه موقناً باستحقاق هذا المال على هذا المدّعى عليه، وكون المدّعى عليه شاكّاً، فينظر في يمين المدّعي الموقن.

فإذا لم يُحدث في واحد من الثّوبين حادثاً يكون به مختاراً للشّراء أو متلفاً، فإنّه لا سبب حدث منه يوجب تضمينه، فلا يناقض **ابن كنانة** بهذا.

وقد تأوّل بعض أشياخي عليه أنّه أراد أنّ هذا المقطوع جهله البائعان أيضاً لمّا تغيّر بالقطع كما جهله قاطعه. فلمّا تساووا في الجهالة بذلك، تعلّق به الضّمان. بخلاف إذا ادّعى كلّ واحد منهما أنّه يتحقّق أنّ المقطوع له، فإنّ قوله: إنّ المقطوع لم[2] يتضمّن إبراءَ المشتري، كما قال **ابن كنانة** في هذين الثّوبين إذا كانا قائمين فادّعى كلّ واحد/ من/ البائعين الأرفع من الثّوبين، فإنّ دعواه قد تضمّنت إبراء المشتري من كونه قد أمسك ثوبه، أو تعدّى فيه لكونه عنده لا يضمن بالنّسيان.

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب: له.

وهذا الّذي أشار إليه بعض أشياخي من تأويل ابن كنانة قد تغني عنه الطّريقة الّتي أريناك نحن في الإعتذار منه.

وقد ذكر **ابن حبيب عن مالك** في هذا أنّه يغرم ثمن الثّوب المقطوع، ويغرم قيمته، ويَقسم هذه القيمة، وهذا الثّمن، المتبايعان جميعاً. كأنّه قدّر أنّ البائع إنّما التزم بالقطع ثمن الثّوب لكونه التزم الشّراء لما قطع الثّوب، فلا يلزمه إلاّ ثمن واحد. ولكنّه لمّا أتلف على الآخر أخْذَ عين الثّوب الّذي باع منه، ولم يرض بالشّراء منه، وجبت عليه القيمة، فوجب من هذا وجوب مطالبة المشتري بثمن وبقيمة، وقد جهل من يستحقّ منهما الثّمن، ومن يستحقّ القيمة، فوجب أن يُقسم جميع ذلك بينهما.

وإذا قلنا بالتّضمين، فإنّه لا بدّ أن يحلف البائعان، فإن نكلا عن اليمين، سلّم المشتري إليهما الأرفع، وبقي الثّوب الأدنى موقوفاً حتّى يفعل فيه الواجب.

والجواب عن السؤال الرّابع عشر أن يقال: أمّا العقد على ثوب من أحد ثوبين، فإنّه إن كان الثّوبان متماثلين، والثّمن شيء واحد، فإنّ ذلك جائز إذا صرف الخيار في ذلك إلى المشتري، لكون التّماثل في المثمون وفي الثّمن يرفع الغرر.

وأمّا إن اختلف المثمون مثل أن يعقد على ثوب أو دابّة يختار المشتري أيّهما شاء، فيلزم البائعَ العقدُ فيه، فإنّ ذلك لا يجوز لما يحصل فيه من الغرر والمخاطرة من جانب البائع، لكونه لا يدري ما الّذي باعه بدينار هل هو ثوب أو حمار؟ وهذا فيه خِطار.

لكن لو كان المشتري إذا اختار الثّوب أو الحمار، عاد الخيار أيضاً للبائع، في إمضاء العقد أو ردّه، لجاز ذلك لارتفاع الغرر لعدم إلزام البيع للبائع.

وكذلك إن اختلف جنس الثّمن/ وتماثل المثمون، فإنّ حصول الغرَر وارتفاعه جار على ما فصّلناه.

وأمّا إن تماثل المثمون، وتماثل جنس الثّمن ولكن اختلف في المقدار خاصّة، مثل أن يبيع منه ثوباً من أحد ثوبين على أنّه جعل ثمن أحدهما، وأشار إليه، خمسة دنانير، وثمن الآخر سبعة دنانير، فإنّ هذا ممنوع عندنا أيضاً لحصول الغرر باختلاف مقدار الثّمن. وأجازه **عبد العزيز ابن أبي سلمة**، وهو اختيار **ابن حبيب** من أصحابنا. وكأن **عبد العزيز ابن أبي سلمة** قدّر أنّ المشتري اختار أخذ الثّوب الّذي بسبعة، ثمّ ردّه وهضم عن نفسه دينارين من السبعة، وأخذ الثّوب الّذي بخمسة بدينارين التّي[1] هضم وبالثّوب الآخر، فلا يكون في هذا ربا ولا/ تخاطر/. لكنّه يمنع هذا إذا كانت الدّنانير مختلفة الوزن، ولو تساوى العدد، لكونه يقدّر فيه أنّه باع دنانير ناقصة بوازنة، فيقع بذلك في الرّبا. هذا حكم جواز هذا العقد.

وأمّا حكم الضّمان، فإنّه لا يخلو هذا العقد من أن يقع على ثلاثة أنحاء.

إمّا أن يقع العقد على أنّه إن شاء ردّهما جميعاً وإن شاء أخذهما. فيكون المشتري ها هنا مخيّراً في العقد وفي التّعيين.

أو يقع على أنّه قد لزمه أحدهما والآخر مردود، ولكنّه مخيّر في تعيين ما لزم العقد فيه دون التّخيير في العقد، فأَحَد الثّوبين في هذين القسمين مردود بلا بدّ، والآخر لازم بلا بدّ، ومخيّر في قبوله أو ردّه.

والقسم الثّالث: وقوع العقد على أنّ أحدهما لازم بلا بدّ، والآخر مخيّر في قبوله أو ردّه بكون التّخيير في أحدهما في العقد وفي التّعيين، وفي الآخر في التّعيين خاصّة دون العقد.

فإن وقع العقد على الوجه الأوّل من هذه الوجوه الثّلاثة وهو كون المشتري له ردّ أحدهما، ويخيّر في الآخر بين أن يقبله أو يردّه، والتّعيين في ذلك إليه، فإنّهما إن ضاعا جميعاً، فإنّ **ابن القاسم** لا يضمنه إلاّ أحدهما،

(1) . . . ولعل الصواب: اللذين.

وأشهب يضمنه الثّوبين جميعاً. وذكر في **الموّازيّة** عن **ابن القاسم** قولاً ثالثاً في هذا، فقال، فيمن اشترى ثوباً من أربعة ثياب فقبض الأربعة، فضاعت في يديه، إنّ البائع إن كان هو المتطوّع بدفع الجميع ابتداءً منه، فإنّ المشتري لا يضمن إلاّ واحداً منها. وإن كان المشتري هو السائل في تسليم الأربعة إليه ليختار ثوباً منها، فإنّه يضمن جميعها.

وأشار **ابن الموّاز** إلى أنّه لا فرق بين أن يقبضها المشتري عن سؤال منه للبائع أو عن تطوّع البائع بذلك من غير سؤال، لكونه إنّما دفع جميعها حرصاً على البيع.

وسبب هذا الإختلاف أنّه قد علم أنّ أحد الثّوبين مردود للبائع بلا بدّ، والآخر يخيّر فيه المشتري، والمردود بلا بدّ حكمه حكم الأمانة لمّا كان لم يقبضه المشتري على بتات البيع فيه ولا على خيار، والثّوب الآخر قبضه على خيار فيه، وقد علم أنّ ما قبض على جهة الأمانة لا يضمن، وما قبض على جهة الخيار يضمن. وهذان الثّوبان لم يتميّز منهما ما هو أمانة ممّا هو مقبوض على خيار، فوجب أن يضمن أحدهما، لكونه قد علم على الجملة أنّ أحدهما مقبوض على خيار. فكأن صاحب/ هذا المذهب اعتبر مآلَ هذا العقد، وهو كون أحد الثّوبين مردوداً بلا بدّ، فتحقّقت فيه الأمانة لأجل هذا.

وأمّا من ضمَّن المشتري الثّوبين جميعاً، فإنّه اعتبر الحال ولم يعتبر المآل. وقد وقع العقد على أنّ له التنقّلَ من أحدهما إلى الآخر/ مقتضى الخيار، والمبيع بالخيار مضمون، فكأن كلّ واحد من الثّوبين عقد عليه بانفراده على الخيار.

وأمّا/ ما وقع من التّفرقة في **الموّازيّة**، فكأنّه قدّر أنّ البائع إذا كان هو المتطوّع بدفع الثّياب، فإنّ ذلك لم يقع منه إلاّ لمنفعة نفسه، وليتمّ له البيع، فغلب في الثّلاثة الأثواب حكم الأمانة. وأمّا إذا كان المشتري هو السائل في قبض الجميع، فإنّ البائع لا منفعة له في تسليم الجميع بل لمنفعة المشتري

السائل في هذا، فغلب حكم الخيار في كلّ ثوب. فانحصر الخلاف في هذا إلى تغليب حكم الأمانة في أحد الثّوبين اعتباراً بالمآل، أو تغليب حكم الخيار اعتباراً بالحال، واستدلالاً على حصول المنفعة بما ذكرنا من التّفصيل. وقد قدّمنا أنّ الضّمان في هذا وفي غيره ممّا ذكرناه يعتبر فيه المنفعة للقابض أو للدّافع.

فإذا قلنا بالضّمان فيما يضمن هل بالقيمة أو بالثمن، فإنّ هذا ينبغي أن يعلم أنّ الثّوب الواحد إذا اشتري بالخيار، فإنّ **ابن القاسم** يرى أنّ المشتري يضمنه إذا قبضه بالثّمن، سواء كان الخيار له أو للبائع، لأنّه قادر لمّا كان الخيار له أن يقبل البيع ويدفع الثمن، ولا يقدر البائع أن يمنعه من ذلك، فله أن يقول: أنا أقبله، فلا يلتفت إلى ضياعه، سواء كانت قيمته أكثر من الثّمن أو أقلّ.

وكذلك إن كان الخيار للبائع، فإنّ المشتري يضمنه بالثّمن، لكون البائع سلّمه إليه على أنّ عوضه الثّمن الّذي اتّفقا عليه، وكان للبائع أن يلزمه إيّاه، فلا يلزم المشتري أكثر من ذلك، ولو كانت القيمة أكثر من الثّمن، لكنّه يحلف المشتري ها هنا على الضّياع لئلاّ يكون لمّا فسخ البائع العقد طلب ارتجاع الثّوب فحبسه عنه تعدّياً، فيلزمه قيمته، فيستظهر عليه باليمين أنّه ضاع لتسقط المطالبة عنه بما زادت القيمة على الثّمن.

وأمّا **أشهب** فإنّه يرى أنّ الخيار إذا كان للمشتري، فإنّه يضمنه بالأقلّ من القيمة أو الثّمن. فإن كان الثّمن أقلّ من القيمة، قال: أجزت له إمضاء البيع بالتزام الثّمن. وإن كانت القيمة أقلّ من الثّمن، لم يطلب بأكثر منها، لأنّ له أن يقول: لا أمضي الشّراء بل أردّ الثّوب، فيجده قد ضاع فيغرم قيمته. لكنّه يحلف ها هنا على الضّياع لإمكان أن يكون قد حبسه عن نفسه بأنّه لا يختار إمضاء الشّراء، فتجب عليه قيمته لأجل منع البائع منه، فيحلف ليسقط عنه ما زاد من القيمة على الثّمن لأجل إمساكه الثّوب على البائع.

وإن كان الخيار للبائع، فإنّ المشتري يغرم الأكثر من الثّمن أو القيمة. فإن كان الثّمن أكثر، قال البائع: أنا أختار إمضاء البيع، فيلزمك الثّمن. وإن كانت القيمة أكثر، قال البائع: أنا أختار فسخ البيع، فلا يلزمني أخذ الثمن، بل الطالب[1] بالقيمة الّتي وجبت عليك.

فإذا علمت الحكم فيما يضمن به الثّوب الواحد المشتريَ بالخيار / ، فإنّ هذين الثّوبين المشترى أحدهما بالخيار مذهب **ابن القاسم** أنّ أحدهما هو المضمون. فإذا ضمن، فإنّما يضمن بالثّمن/ كمَا قدّمناه. ومذهب **أشهب** أنّ أحدهما مضمون بالقيمة، والآخر بالأقلّ من الثّمن أو القيمة. فأمّا كون أحدهما مضموناً بالقيمة، فلأجل أنّه لا بدّ من ردّه فيضمّن بقيمته. وأمّا الآخر، فالمشتري قادر على أن يلتزمه بالثّمن فكان له ألاّ يغرم إلاّ الثّمن، وقادر أيضاً على أن لا يلتزم الشّراء ويضمنه بالقيمة، على حسب ما قدّمناه قبل هذا.

وذهب[2] إلى طريقة **أشهب** في كون المشتري ضامناً للثّوبين جميعاً، وذكره عن أصحاب **مالك**، وقال: إنّه ليس بمؤتمن في واحد منهما لما أخذهما على أن يختار هذا أو هذا. لكنّه إنّما يضمنه إيّاهما بالثّمن. وكأنّه قدّر أنّه إذا كان الضمان إنّما ثبت فيهما لكون كلّ واحد منهما إنّما عقد على انفراده على الخيار، والثّوب المنفرد إذا عقد على الخيار ضمن بالثّمن، كما قدّمناه عن **ابن القاسم**، فكذلك هذا يضمن كلّ واحد منهما بالثّمن. وقد ذكرنا عنه أنّه يجيز كون ثمن الثّوبين مختلفاً في المقدار، على حسب ما قدّمناه عن **عبد العزيز ابن أبي سلمة**.

وعنه هذا الحكم فيهما إذا ضاعا جميعاً.

وأمّا إن ضاع أحدهما، فإنّه إنّما يضمن عند **ابن القاسم** نصف ثمن الّذي ضاع، لكون الضّائع متردّداً بين أن يكون هو الّذي اشتراه بالخيار، أو هو الّذي

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أُطالب.

(2) لم يتوضح معاد ضمير ذهب.

بحكم الأمانة، فلمّا تساوى فيه الأمْرَان قسم الضياع فيه، على أصله في كونه لا يَضْمن، إذا ضاعا جميعاً، إلاّ ثوباً واحداً، فكذلك إذا ضاع أحدهما لا يضمن إلاّ نصف ثوب.

وأمّا **أشهب**، فإنّه يضمِّنه الضّائعَ كلَّه، لكونه يضمنها جميعاً إذا ضاعا.

فإن قلنا أنّه لا يضمن إلاّ نصف ثوب، كان له ردّ الثّوب الآخر بحكم مقتضى الخيار الّذي عقد عليه من كونه لا يلزمه واحد منهما إذا شاء.

وإن أراد الإستمساك بحكم مقتضى الخيار في كونه له أن يمسك أحد الثّوبين، فإنّ **ابن القاسم** مكّنه من ذلك وفي **الموّازيّة** أنّه لا يمكن منه، لأنّه إذا مكّناه من ذلك، صار اشتراؤه ثوباً واحداً، فأخذ ثوباً ونصف الثّوبَ الباقيَ بحكم اختياره الآن، ونصفَ الثّوب الّذي وَزَنَ نصفَ ثمنه يتّهم على أنّه حبسه، فصار اشترى ثوباً واحداً من ثوبين فأخذ ثوباً ونصفاً. فكأن من ذهب إلى هذا حمل عليه أنّه لم يضع له الثّوب ولكنّه حبسه، فصار بحبسه وغرامة نصف ثمنه كمن اشترى ثوباً وأخذ ثوباً ونصف ثوب. وكأن **ابن القاسم** قدّر أنّه لمّا حلف على الضّياع، صدق في ذلك. وإنّما غرم نصف الثّمن بحكم الضّمان لا بحكم/ الشّراء. فلا يقدّر أنّه اشترى هذا الثّوب لمّا غرم ثمنه بحكم التّضمين، فيقضى له بإمساك جميع الثّوب إذا شاء كما يقضى/ له بردّ جميعه. ولم يظنّ به أنّه حبس نصف الثّوب، فصار مشترياً لنصف ثوب، وإنّما بيع منه ثوب كامل إذا شاء. ولأجل هذا قلنا، فيمن اشترى ثوبين على أنّه بالخيار في قبولهما أو ردّهما فضاع أحدهما: إنّ له ردّ الثّوب الباقي. ولو ظنّ أنّه حبس الّذي ادّعى ضياعه، لم يكن له ردّ الثّوب الباقي، كما ليس له ردّ أحد الثّوبين وإمساك الآخر.

وقال بعض الأشياخ: لو ضاع أحد هذين الثّوبين اللّذين اشتراهما بالخيار بين قبولهما أو ردّهما، فإنّه إنّما يمكن من ردّ الباقي إذا لم يكن الّذي زعم أنّه ضاع وجهَ الصفقة وجلَّها. لأنّه إذا/ كان الّذي زعم أنّه ضاع وجه الصفقة وردّ الثّوب الباقي وهو أقلّها في القيمة، صار مضرّاً بالبائع في ردّه عليه أقلّ الصفقة،

فلا يمكن من هذا، كما لا يمكن البائع لثياب كثيرة استحق جلّها أن يُلزم المشتري ما لم يستحقّ منها إذا كان هو الأقلّ.

هذا حكم أحد الأقسام الّتي قدّمنا.

وأمّا إن عقد البيع على أنّ أحد الثّوبين لازم للمشتري ولكنّه بالخيار في تعيينه دون عقده، فإنّ الإختلاف في هذا جار على ما قدّمناه.

فإنّ **ابن القاسم** لا يضمنه إذا ضاعا إلاّ أحدهما.

و**أشهب** يضمنه الثّوبين جميعاً.

والتّعليل للمذهبين هو ما قدّمناه.

ولو قامت بيّنة على ضياعهما، فإنّ ضمان أحدهما يسقط عند **ابن القاسم**، كما يسقط لو اشتراه منفرداً على الخيار وقامت البيّنة بضياعه. و**أشهب** يضمنه كما يضمن العواري والرّهان، وإن قامت البيّنة على الضيّاع.

وقد يتخرّج فيها قول ثالث، أنّه لا يضمن، إذا قامت البيّنة، ولا واحداً منها. وقد قيل فيمن اشترى أحد عبدين على الالتزام، لكنّه بالخيار في التّعيين، إنّ أحدهما إن هلك فإنّه لا يضمنه ولو ردّ الباقي. وهذا بناء على أنّه لم ينعقد البيع فيما التزم انعقاده للبيع فيه إلاّ بعد أن يختار، فإذا هلك أحد العبدين قبل أن يختار، لم يلزم اختيار الباقيَ والتزامَه، لأنّه لم يلتزم عقد الاختيار فيه، وإنّما التزم عقداً تخيّر فيه بين إثنين، وإذا لم يبق إلاّ واحد، استحال هذا التّخيير فيه.

وقد قال **سحنون**، في أحد قولين، فيمن أعتق أحد عبديه، فمات أحدهما قبل أن يختار؛ إنّ الثّاني يبقى رقيقاً، لأنّه إنّما التزم عتقاً فيه الخيار بين اثنين، وهذا الخيار يستحيل إذا بقي عبد واحد. وقال في قوله الآخر: بل يعتق العبد الباقي. وقدّر أنّ عتق أحدهما قد لزم السيّد لزوماً لا انفكاك منه. واستحالة التّخيير في واحد لا يرفع هذا الّذي التزم من العتق. وتكون مصيبة الامتناع من التّخيير ها هنا جائحة عليه.

وقد ذكر ابن **المواز** أنّه يلزمه/ العقد في العبد الباقي إذا اشتراه على الإلتزام بشرط التّخيير بينه وبين آخر. وهذا جار على هذا المسلك الّذي ذكرناه في أحد قولي **سحنون** رحمه الله.

والمشهور من المذهب أنّ الضّائع من أحد الثوبين اللّذين التزم شراء أحدهما يكون من المتبايعين، والباقي بينهما على حسب مقتضى حكم الشركة في عبد بين رجلين. وهكذا ذكر **ابن المواز** وذكر **ابن سحنون** (أنّ الضّائع منهما لو ردّ الباقي من الثّوبين)[1]. وكأنّه قدّر أنّ مقتضى الشركة إن اشتركا في الثوب الباقي، لكن الشركة فيه عيب، فلا يلزم المشتري شراء معيب، وقد عقد البيع فيه على السلامة من العيب، فلا يقدّر أنّه إذا كان مقتضى الالتزام ضمانَ أحدهما بلا بدّ، وجهلنا الثّوب الملتزم منهما، صار المتعاقدان كشريكين في الثّوبين، فما طرأ فيهما من ضياع وعيب، فذلك عليهما.

وقد ذكر **ابن حبيب** أنّ هذا التّخيير لو كان في ثياب كثيرة فضاع أحدهما، فإنّه يضمنه. وضمانه إيّاه لا يسقط ما اقتضاه الحكم الّذي قدّمناه، فله أن يختار ثوباً من الثّياب الباقية، أو يردّه وسائر الثّياب. ولو عقد على واحد منها على التزامه، فإنّه يضمن الواحد الضّائع، ويلزمه اختيار ثوب من الثّياب الباقية. ورأى أنّ التّضمين للثّوب الضّائع/ لا يدفع الحكم الّذي قدّمناه في الثّوبين إذا ضاع أحدهما.

وقد احتجّ في **المدوّنة ابن القاسم**، على ما قدّمناه عنه من مصيره إلى أنّه إنّما يضمن أحدهما ولا يضمن الآخر لكونه فيه مؤتمناً، بأنّ **مالكاً** ذكر فيمن طلب رجلاً بدينار له عليه فدفع إليه ثلاثة ليختار واحداً منها ويردّ عليه الدّينارين، فضاع من الثّلاثة ديناران قبل أن يختار، أنّ الدّينارين الضّائعين[2] يكون على حكم الشّركة بين الدّافع والقابض. لأنّ القابض إنّما استحقّ ممّا

---

(1) هكذا في النسختين: والكلام غير واضح.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: أن الدينار الباقي بعد الدينارين الضائعين.

قبضه ثلثه، وثلثاه عنده بحكم الأمانة.

وغلّط **ابنُ حبيب ابنَ القاسم** في هذا الإستدلال بالدّينارين على الثّياب. وأشار إلى أنّ الدّينارين يتّضح كونهما قبضا على الأمانة، بخلاف الثّوبين المخيّر فيهما.

وأنكر بعض الأشياخ هذه التفرقة عليه لمّا كان الدّينار مخيّراً فيه كما كان الثّوب مخيّراً فيه. فإذا كان التّخيير يوجب ضمان الجميع، فلا فرق في هذا بين ثياب أو دنانير. واستعظم إطلاقه الغلط على **ابن القاسم**.

وذكر **ابن حبيب** أنّ الّذي ذكره **مالك**، من كون الدّنانير فيها مضمون، ومؤتمن عليه، إنّما يتّضح إذا كانت من الكثرة بحيث يعلم أنّ فيها وازناً يأخذه قابضها قضاء عن دينه. فإذا لم يكن كذلك، فإنّه يحلف أنّه **ما علم فيها وازنا** ولا يضمن منها/ شيئاً. وذكر أنّ هكذا قال له/ من كاشفه من أصحاب مالك.

وقد ذكر في **الموّازيّة عن ابن القاسم**، فيمن طلب رجلاً بعشرة دنانير ديناً له عليه، فأعطاه دنانير ليزنها ويستوفي حقّه منها ويردّ ما زاد على حقّه، وإن نقصت عن حقّه، عاد إليه ليوفّيه، أنّها مضمونة، لكونها لا تنفكّ أن تكون قضاء أو كالرّهن بحقّه.

وأشار **أصبغ** إلى حملها على كونها قضاء لمّا كانت لا ترجع إلى يد صاحبها. وذكر أنّه سأل **ابن القاسم** عن الحالف لرجل ليقضينّه حقّه إلى أجل سماه، فدفع إليه عند حلول الأجل دنانير على مثل الصفة، أنّه يحنث إن لم يدفعها إليه على وجه القضاء.

فإذا تقرّر هذا، فإنّ من في يده الثّوبان، اللّذان زعم أن أحدهما ضاع، إذا ادّعى أنّه ما ضاع إلاّ بعد أن اختار الباقي، فإنّه اختلف في هذا، هل يصدق فيه ويكون لا ضمان عليه فيما ضاع لكونه بقي في يديه على حكم الأمانة لمّا أسقط خياره فيه؟ أو لا يصدق في هذا، ويتّهم أنّه إنّما ادّعى **ذلك** ليسقط الضّمان عن نفسه؟

ولو ذهبت أيّام الخيار وتباعدت فإنّه إذا اشترى أحدهما على الالتزام، اقتضى ذهابها التزام الشّركة في الثّوبين، وإن اشترى أحدهما على التّخيير في عقده وفي تعيينه، بطل العقد وسقط خياره، سواء كان الثّوبان في يد البائع أو المشتري في هذين القسمين.

وأمّا لو اشترى الثّوبين جميعاً بالخيار فيهما، فإنّ الحكم فيه ما قدّمناه من كون ذهاب أيّام الخيار وما قرب منها يقتضي إقرار الثّوبين في يَدِ من هُما في يديه من بائع أو مشتر، لما قدّمناه من التّعليل. والتّعليل الّذي قدّمناه يبيّن لك وجه التّفصيل الّذي فصّلناه في هذه الأقسام.

وأمّا القسم الآخر من أقسام العقد على أحد ثوبين، فإنّه يعلم حكمه ممّا قدّمناه، من أن يشتري ثوباً من أحد ثوبين على الالتزام لعقده، والثّوب الآخر هو مخيّر في قبوله أو ردّه. فإنّهما إن ضاعا أو ضاع/ أحدهما ضمن ما ضاع بغير خلاف. وإن قامت البيّنة جرى ذلك على ما قدّمناه من الاختلاف. وإن ضاع أحدهما، جرى الأمر أيضاً فيه على حسب ما قدّمناه. ويعتبر أيضاً في إمساكه للثّوب الباقي ما قدّمناه أيضاً من منعه من ذلك لئلاّ يكون اشترى ثوباً ونصفا ولم يعقد على ذلك، فجميع ما قدّمناه يجري في هذا القسم إذا قامت البيّنة على الضياع.

وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن اشترى عبدين بثمن إلى أجل على أنّه يردّ أحدهما عند الأجل، أنّ ذلك جائز. وهذا/ جار على ما قدّمناه من جواز اشتراء أحد الثّوبين على الإلزام. فكذلك هذا اشترى أحد العبدين شراءً منعقداً لازماً والآخر يستخدمه إلى الأجل، فكأن الثمن المؤجّل عوض أحد العبدين وعوض منفعة العبد الآخر. والتّخيير في هذا لا يمنع صحّة العقد، كما لم يمنعه فيما قدّمناه من الأقسام. لكن من شرط/ جواز هذا البيع أن يعيّن المردود عند الأجل قبل الشروع في الاستخدام. وعلى ذلك حملوا ما وقع في **المدوّنة** من إطلاق الجواز.

وهذا التأويل تقتضيه الأصول لأنّ الأصل منع بيع الغرر إذا كان الغرر مقصوداً. فإذا عقد على عبد من أحد عبدين أو ثوب من أحد ثوبين، فإنّ التّخيير في ذلك لا يتضمّن غرراً في هذا العقد، لأنّا إنّما نجيز هذا إذا تماثل الشّيئان المخيّر في أحدهما. وقد سامح في ذلك **مالك**، وإن اختلفت قيمة الثّوبين، فقال فيمن اشترى عدداً من ثياب في ـ عدل يختارها، إنّ ذلك جائز، إذا وصف ما في العدل من الثّياب، وإن اختلفت قيمة الثّياب. قال: ولكن بعد أن تكون مَرويّة كلّها أو هَروية كلها. فأشار بهذا أنّ اختلاف أجناسها يتضمّن غرراً مقصوداً، فينهى عنه لما ورد في الحديث من النّهي عن بيعتين في بيعة[1]. فكذلك ما ذكره في مسئلة العبدين، وتأوّلنا ما وقع في **المدوّنة** عليها، لأنّه إذا لم يعين العبد المردود عند الأجل، واستخدم العبدين طول الأجل، فإنّه لا يعلم كيفيّة تأثير الإستخدام في كلّ واحد منهما، ولا ما يحدث عليه من التغيّر في خلال الأجل، فيصير المستمسك به مجهولاً صفته، والمردود أيضاً كذلك، وهذا غرر يمنع منه، ويقتضي أن يشترط في جواز هذا العقد أن يعيّن قبل الشّروع في الاستخدام من يستخدمه بحقّ الملك ومن يستخدمه بحقّ الإجارة. وإن لم يفعل ذلك ووقع العقد عارياً من التّعيين، واستخدمهما ملكاً في خلال الأجل، فإنّه يضمن نصف قيمتهما، لكون أحدهما بيع بيعاً فاسداً والآخر استؤجر إجارة فاسدة ولم يعلم هذا من هذا، فيضمن نصف قيمتهما جميعاً، لكون كلّ واحد منهما يصلح أن يكون محلاّ في هذا العقد الفاسد.

والجواب عن السؤال الخامس عشر أن يقال: أمّا الوجوه الّتي تمنع في اشتراط التّخيير في التّعيين، فإنّا قدّمنا الكلام على بعضها. وهو شراء صنف من صنفين مختلفين على إلزام البائع ما اختار المشتري منها. وذلك لما قدّمناه من كون العقد على هذا يتضمّن غرراً مقصوداً. ومنه ما فرغنا الآن من الكلام عليه/ في مسئلة العبدين المذكورة في **المدوّنة**.

(1) الجامع الكبير للترمذي ج2 ص 513 ح 1231.

ومن الوجوه الممنوعة أيضاً التخوّف من الوقوع في الرّبا، مثل أن يشتري رجل ثمرة نخلات يختارها من ثمر/ نخل كثير، لكن ثمر النّخل كلّه صنف واحد، لأنّه إذا كان من صنفين صار من بيعتين في بيعة، ولحق بما تقدّم بيانه. وإذا كان من صنف واحد منع أيضاً لعلّة أخرى، وهو أنّ المشتري يمكن أن يختار نخلة، ثمّ ينتقل بعد اختياره لها إلى نخلة أخرى، وثمرة النّخلتين لا يتساويان في المقدار، فيكون قد باع ثمرة الأولى بثمرة الثّانية وبينهما تفاضل، فيقع في الرّبا والرّبا محرّم/ . ولو كان الخيار لبائع ثمرات هذا النّخيل لكان فيه اختلاف. فأمّا **مالك** فإنّه أجازه، قال: كما يجوز ذلك في اختيار كباش من جملة غنم باعها. وقال **ابن القاسم**: لا يعجبني ذلك، ولكنّه إن وقع لم أفسخه. مراعاةً منه لمذهب **مالك**.

وهذا الاختلاف خُرِّج على اختلاف أهل المذهب في المستثنى هل هو مُبقًّى على ملك البائع أو مشترى من المشتري؟

فإذا قلنا: إنّ المستثنى مبقًّى، فلا يمنع من هذا في جنبة البائع، لكونه أبقى ما اختار على ملكه، وإنّما باع ما[1] **بعد ما** يختاره، فلا يتصوّر في هذا الرّبا.

وإن قلنا: إنّ المستثنى مشترى من المشتري، فيمنع كما قال **ابن القاسم**. كما اتّفق هو **ومالك** على منع شراء ثمر نخلات يختارها.

وقد وقع **لابن القاسم** ما يقتضي خلاف هذا الّذي بنينا عليه هذه المسئلة، وذلك أنّه قال فيمن باع داراً واستثنى سكناها سنة فانهدمت الدّار، فإنّ البائع لا يرجع على المشتري بقيمة السكنى لكونه أبقاها على ملكه لم يبعها، وما كان على ملكه فلا يضمنه له غيره. وإن كان **أصبغ** قد قال في هذه المسئلة: إنّ البائع يرجع على المشتري بقيمة السكنى. وقدّر أنّ البائع باع الدّار بمائة دينار مثلاً وبسكناها سنة، والسكنى تساوي عشرة دنانير، فكأنّها عرض أضافه إلى الثّمن، واستحقّ من يديه، فيرجع بقيمته على من باع منه داره، على حسب ما توجبه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وإنما باع ما باعه.

النّسبة في هذه السكنى من جملة الثّمن.

وقد أشار بعض المتأخّرين إلى أنّه لا فرق بين البائع والمشتري في هذا لكون البائع يقدّر فيه أيضاً أنّه اختار ثمرة نخلة، ثم انتقل إلى خيار ثمرة أخرى، فيكون أيضاً باع تمراً بتمر متفاضلاً. ومال إلى أنّ هذا ينبغي أن يوكل إلى أمانة البائع والمشتري، وينهيان عن الوقوع في هذا، ويصَدَّقان في أنّهما لم يقعا فيه.

وأشار بعض المتأخّرين إلى فرق/ بينهما، وهو أنّ المشتري تَصوُّر تنقّله يمكن لكونه جاهلاً بثمرات هذا النّخل، فلهذا اتّفق على منعه من هذا، وأمّا البائع ثمرات نخله، فيقصد إلى جيّدها فيختار، ولا يتّهم في التنقّل لاستغنائه عنه. وقدح في هذا الفرق غيره بأن قال: لو كان عالماً بهذا لاستثناه معيّناً، ولم يفتقرْ إلى اشتراط خيار فيه، فلمّا اشترطه دلّ على أنّه محتاج إلى الاختيار والاختبار، كما يحتاج إليه المشتري.

وبالجملة فإنّ هذه الطّرائق، من الفروق وغيرها الّتي ذكرنا في هذه المسئلة، إنّما يحسن إيرادها إذا قيل: إنّ اختيار البائع أو المشتري/ لنخلة بخواطر القلب دون نطق اللّسان بذلك يصيّرها ملكاً له، ويَحرم عليه التنقّل، كما يحرم عليه التنقّل وقد نطق باختيار صبرة إلى صبرة أو ثمرة إلى ثمرة أخرى. وأمّا إذا قيل: إنّ الشّرع إنّما علّق/ أحكام الملك على ما ينطق به اللّسان دون ما يضمر في الفؤاد أو يهجس في النفس، فإنّه لا يحتاج عندي إلى شيء من هذه المعاني، وإنّما التّحقيق فيها النظر في هذا الأصل الّذي أشرت إليه. ثم إذا ثبت تعلّق الأحكام بما تتحدّث به النّفس في هذا دون ما نطق به نظر حينئذ هل تحمى الذّريعة في هذا فيمنع منه، ولا يوكل النّاس إلى أمانتهم فيه، كما قدّمناه في بياعات الآجال؟ أو لا توجب حماية في مثل هذا المبنيُّ التّحريمُ فيه على ما يضمَر في الفؤاد؟

ولو كان هذا الثّمن أو غيره، من أنواع الأطعمة المخيّر فيها، ممّا لا ربا فيه، وهو صنف واحد متساوٍ ممّا يجوز اشتراط التّخيير فيه، أو كان عروضاً،

فإنّ هذا يسقط فيه اعتبار الرّبا. وإنّما يعتبر فيه ألاّ يقع فيه تراخ، لأنّه إذا وقع فيه تراخ، أو وقع[1] في بيع الطّعام بالطّعام على خيار وتراخ، فلا يجوز ذلك كما لا يجوز ذلك في الصّرف. ولو كان هذا الطّعام لا ربا فيه، صنفين لمنع التّخيير، لما قدّمناه من كونه من بيعتين في بيعة. وقد ذكر في **الحاوي** أنّه لا يجوز التّخيير في الطّعام. وتأوّله الشّيخ **أبو القاسم ابن الكاتب** على ما وقع فيه تراخ، لأجل ما نبّهنا عليه من اشتراط المناجزة في هذا وفي الصّرف.

ولو كان المختار من هذا الطّعام، الّذي فيه الرّبا أو لا ربا فيه، بيع على الكيل لم يكن في التنقّل بيع له قبل قبضه، وإن كان على الكيل، لكون هذا كالمبادلة. وقد قدّمنا في كلامنا على بيع الطّعام قبل قبضه ما يجوز في ذلك وما يمنع، وأن أخذ سمراء من محمولة كيلاً متساوياً جائز، لكونه مبادلة لا مبايعة.

وينبغي أن يعلم أنّا نجيز/ للمشتري اشتراط اختيار عدد من جملة متماثلة. وسواء كان العدد المشترى أكثرَها أو أقلّها، مثل أن يشتري ثوباً يختاره من عشرة أثواب، أو يشتري تسعة أثواب يختارها من عشرة.

وأمّا البائع فإنّه يجوز له الخيار إذا اشترط اختيار الأقلّ في العدد. مثل أن يبيع عشرة من الثّياب على أن يختار ثوباً أو أربعة. وأمّا إن اشترط خيار ثمانية أو تسعة، فإنّه يمنع من ذلك عند **ابن القاسم**، ولا يمنع منه عند **سحنون**، لكون المشتري مفتقراً إلى اختيار المبيع واشتراط الخيار فيه، فلا يتّهم أنّه قصد الغرر والتّخاطر لأجل حاجته إلى الخيار، والبائع في الغالب مستغن عنه، فإنّما يجوز له منه ما لا يتصوّر فيه القصد إلى الغرر غالباً، فإذا اشترط البائع اختيار ثوب أو ثوبين من عشرة، فإنّ المشتري يعلم أنّ جلّ الصفقة تبقى له، فلا يتحسّس إلى العدد الّذي يختاره البائع. فإذا اشترط البائع اختيار سبعة أو ثمانية، تَحسّس المشتري إلى ذلك لو قدّر أنّه إنّما يحصل له رديء الثياب. وأمّا **سحنون** فإنّه رأى أن لا فرق بين البائع والمشتري في هذا، وفي احتياجهما إلى شرط الخيار،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَوْقَعَ.

فأجاز ذلك للبائع، وإن كثر عدد ما يختاره.

هذا في اشتراطه اختيار عدد، وأمّا في اشتراطه عدداً مقدّراً ولم يشترط فيه خياراً، فإنّا نجيز ذلك للبائع، والمشتري إذا عَلِم مبلغ عدد الجملة، يكون شريكاً بمقدار العدد. مثل أن يشتري عشر نخلات من مائة نخلة ولا تمر فيها، أو عشرة ثياب من مائة ثوب، فإنّه يكون شريكاً في جميع النّخل بعشرها، ولكنّه/ يفتقر في هذا إلى معرفة عدد النّخل، ليحصل الجزء المشترى معلوماً. وأمّا إن اشترط خيار عشرة ثياب، فإنّه لا يفتقر إلى معرفة عدد في هذا، لأنّ الّذي اشترى معلوماً يتميّز بالإختيار، والّذي اشترى عشرة غير متميّزة في العقد ولا بالإختيار، وإنّما اشترى أجزاء من المبيع، فمن شرط صحّته أن يكون الجزء معلوماً. إلى هذا أشار بعض الأشياخ، وهو مبنيّ على ما قدّمناه من اعتبار رفع الغرر في الشّراء لما يختار.

وقد أجاز أهل المذهب أن يشتري صبرة من طعام كلّ قفيز بدرهم، وإن لم يعلم عدد ما فيها من الأقفزة، لما كان شراؤها جملة على غير كيل يجوز، وكذلك هذا. ولو أنّ البائع استثنى ممّا باع جزءاً معلوماً بالنّسبة لا بالعدد، أو اشترى ذلك المشتري لأجزناه من غير اعتبار لهذا الجزء، هل هو الأقلّ من الجملة أو الأكثر. لأنّه إذا استثنى منه من هذه الصبرة ربعها أو ثلاثة أرباعها. أو باعها البائع واستثنى/ ربعها أو ثلاثة أرباعها، فإنّه يعود الأمر فيه إلى معاوضة على جزء معلوم محدود فلا يمنع.

وعلى هذا الأسلوب يجري فيمن اشترى جزءاً محدوداً، واختيار عدد معدود، مثل أن يشتري نصف هذه النّخل، أو[1] عشر نخلات يختارها من النّصف الآخر، فإنّه لا يمنع من هذا إذا اشتراه المشتري على هذه الصفة سواء كان العدد المختار هو الأقلَّ في النّصف الباقي أو الأكثرَ.

وأمّا البائع، فلو باع النّصف واشترط خيار عشر نخلات من النصْف

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَعشر.

الآخر، لجاز ذلك. ولو اشترط خيار أربعين من النّصف الآخر، لمنع من ذلك. فيكون النّصف ها هنا كالكلّ، في العقد عليه، يعتبر فيه الأقلّ والأكثر في جنبة البائع دون المشتري.

وقد ذكر **ابن حبيب** أنّه لا يجوز أن يبيع عشرة من جملة غنم، ويبيع بقيّتها من رجل آخر. قال: بخلاف الصبرة.

وقد كنّا نحن قدّمنا في هذا الفصل ذكر الخلاف فيمن باع كلّ شاة بدرهم، هل يجوز ذلك أم لا؟ مع اتّفاق أهل المذهب على جواز أن يبيع صبرة من طعام، كلّ قفيز بدرهم. وذكرنا أنّ الذّاهب إلى المنع يرى أنّ الغنم لمّا كان لا يجوز بيعها جزافاً منع أن يباع كلّ شاة منها بدرهم من غير أن يعلم منتهى العدد. لأنّه إذا لم يعلم منتهى العدد، صار ذلك كبيع الغنم جزافاً. وكذلك أشار بعض الأشياخ ها هنا إلى أنّ الفرق بين بيع مكيل من الصبرة من رجل، وبيع بقيّتها من رجل آخر أنّ ذلك جائز، ولا يجوز مثل هذا في الغنم على حسب ما حكيناه عن **ابن حبيب** أنّ الجزاف يجوز في بيع الطّعام ولا يجوز في بيع الغنم.

وإن كان بعض أشياخي تأوّل عن **ابن حبيب** غير هذا التأويل، وذكر أنّه إنّما يمنع من هذا في الغنم إذا كانت قليلة، فإذا اختار المشتري ما اختار، ولم يبق إلا الشّرار، فيكون تخصيصها بالبيع غررا. فإذا كانت الغنم كثيرة، ولا يتحسّس إلى مقدار ما يأخذه المشتري الأوّل من خيارها، جاز ذلك لارتفاع الغرر فيه.

وقد وقع في **الموّازيّة** في بائع باع مائة رأس من الغنم واستثنى رأساً من شرارها، أنّ ذلك يُتّقَى لما فيه من الخطر. وقال **ابن الموّاز** في كتابه: القياس جوازه.

ولو باع من مشتر عشرة من الغنم، يختارها من الجملة، ثمّ باع منه عشرة أخرى، يختارها أيضاً، فإنّ ذلك جائز، ويقدّر أنّ المشتري/ اشترط خيار عشرين. وقد قدّمنا أنّه يجوز له أن يستثني خيار الأقلّ من العدد. وأنّ الأكثر فيه

قولان. ويختلف في النصف هو كالقليل أو كالكثير ها هنا. ومن لم يجز هذا قدّر تصورّ/ الغرر بكون الثّاني إنّما يختار ما فَضُل عن خيار الأوّل، وهو لا يدري موقع اختياره، فصار في هذا البيع تخاطر.

ولو أنّ البائع استثنى من مائة شاةٍ باعها شاةً، فردّها[1] عليه المشتري بثمنها، فإنّ ذلك لا يجوز. ولو سمّى مقدار الثّمن الّذي يردّها به، لجاز ذلك. هكذا ذكر **ابن الموّاز** وفي **المستخرجة**: لو اشترى مائة رأس من الغنم، وفيها كبش معتلّ، واشترط المشتري الخيار فيه، إمّا أن يقبله أو يردّه بحصّته من الثّمن، أنّ ذلك يفسخ ويقضى فيه بالقيمة، على حسب ما يقضى به في البياعات الفاسدة. وأشار الشّيخ **أبو إسحاق** إلى أنّ هذا مبنيّ على مذهب **ابن القاسم** في منعه رجلين أن يجمعا سلعتيهما ويبيعانها بثمن معلوم، لكون كلّ واحد منهما إنّما يعلم مقدار ما باع به بعد الفضّ واعتبار القيم. وكذلك ها هنا قد اشترى هذه المائة رأس بمائة دينار، واشترط ردّ شاة منها بحصّتها من الثّمن، إنّما يطّلع عليه بعد العقد./ وهذا الّذي قاله الشّيخ **أبو إسحاق** من إشارته إلى إجازة هذا على مذهب **أشهب** الّذي يجيز لرجلين أن يجمعا سلعتيهما في البيع قد يقدح فيه بأنّ المشتري للسلعتين عالم بجملة ما يدفعه من الثّمن، وتحقّق ذلك حين العقد، وإنّما تبقى الجهالة في جنبة البائعين. والجهالة في مسئلتنا هذه في الطّرفين معاً، لأنّ المشتري لا يعلم حين العقد ما ينوب هذه الشّاة المردودة من الثّمن، وإذا لم يعلم ذلك لم يعلم مبلغ ما يزنه في التّسعة والتّسعين المنعقد فيها الشّراء. وكذلك البائع أيضاً لا يعلم المبلغ الّذي يقبضه فيها، فهذا ممّا ينظر فيه.

وقد منع **أشهب** من اشترى عشرة من الغنم يختارها من الجملة أن يبيع العشرة من آخر قبل أن يختارها، لما في هذا من الغرر. لكون المشتري من المشتري الأوّل لا يعلم حقيقة ما اشتراه، ولا صفة ما يختاره الأوّل، واختيار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَرُدُّها.

النّاس يختلف اختلافاً كثيراً بقدر تفاوتهم في الميز والحذق. وكذلك منع أيضاً أن يُربحه آخر ديناراً على أن يجعله مكانه في الإختيار، فيختار لنفسه العشرة الّتي اشتراها الأوّل على خياره.

وبعض الأشياخ أشار إلى تعقّب هذا ورأى أنّ مقتضى ما قاله **أشهب** المنع من أن يأتي المشتري الأوّل برجل يختار له. وهذا لا وجه لمنعه، لأنّه خلاف ما يدخل النّاس عليه، وربّما أدّى اشتراط منعه من استشارة غيره وقصره على اختيار نفسه، إلى المخاطرة، والظّنّ بالبائع إنّما منعه من أن يستشهر[1] لاعتقاده قلّة بصره وميزه لما يختار، فصار هذا نوعاً من الخطار.

قال / القاضي أبو محمّد قدّس الله روحه: والبيع جائز منجّز[2] وبشرط الخيار. والخيار يثبت في البيع بأمرين: أحدهما بمقتضى العقد، والآخر بالشّرط. فالأوّل ضربان: أحدهما أن يخرج المبيع من الصفة أو بأن يجد به عيباً[3]. والآخر مختلف فيه: وهو أن يكون فيه مغابنة خارجة عن حدّ ما يتغابن النّاس بمثله. فقيل إنّ البيع لازم ولا خيار. وقيل: للمغبون منهما[4] الخيار إذا دخل على بيع النّاس المعتاد.

قال الإمام رضي الله عنه: هذا الفصل يشتمل على حكم الرّدّ بالعيب. ونحن سنتكلّم عليه في الفصل/ المختصّ به من كتاب التّلقين. واشتمل على حكم الغبن في البيع، والخلافُ في ثبوت الخيار بذلك مشهور في المذهب عندنا. وبأن لا خيار للمغبون قال **أبو حنيفة والشّافعي**. وعندي أنّه قد يتعلّق بما وقع في **المدوّنة** من وكيل وكّل على شراء سلعة فاشتراها بأضعاف قيمتها، فإنّ ذلك لا يلزم الآمر. قال في **المدوّنة**: ويلزم المأمور. ولا يلتفت في هذا الإطلاق

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يستشير.

(2) في غ، والغاني: منجزاً.

(3) هكذا في النسختين، والذي في غ والغاني: أحدهما أن يخرج المبيع على خلاف ما دخل عليه، وذلك بأن يخالف ما شرطه من الصفة أو بأن يوجد به عيب.

(4) (منهما) ساقطة في غ والغاني.

إلى كون المأمور مغبوناً. لكنّه قد يعتذَر عنه بأنّه لم يُرِدْ الكلام على حكم الغبن، وإنّما أراد أنّ ذلك يلزم المأمور، وأن يكون اشترى وهو عارف بالقيمة.

واختلف أصحابنا أيضاً في تقدير الغبن الموجب للخيار عند من رأى ذلك من أصحابنا. فقيل: هو محدود بالثلث فأكثر. وقيل: لا حدّ له، والمعتبر فيه العوائد بين التجّار، فما علم أنه من التّغابن الّذي يكثر بينهم ويتكرّر وتختلف فيه آراؤهم فإنّه لا مقال فيه للمغبون باتّفاق. وما خرج عما اعتادوه من ذلك، فإنّ للمغبون الخيار.

وأمّا من حدّه بالثّلث، فإنّه مضى على ما تقتضيه شواهد الأصول الّتي حدّ فيها الكثير الثّلث. وقد قال عليه السلام: «**الثلث، والثلث كثير**»[1].

وأمّا من أحاله على العادة، فإنّه يقول: ما لم يرد الشّرع فيه بتحديد فإنّه يرجع فيه إلى مقتضى العوائد.

وقد اختلف عندنا في الثّلث في المسائل الّتي وقع فيها التّحديد، هل هو كثير أو قليل، على ما سنبيّنه إن شاء الله تعالى في موضعه.

وينبغي أن تعلم أنّ الخلاف في هذا لا يقع في الغبن على الإطلاق، وإنّما هو مقيّد بأن يكون المغبون لم يستسلم لمن باع منه، ولا هو أيضاً من أهل المعرفة وبقيمة ما اشتراه، وإنّما وقع في الغبن غلطاً وهو يعتقد أنّه لم يغلط.

وأمّا إن علم القيمة فزاد عليها، فإنّه يقدّر كالواهب إن فعل ذلك لغرض له فيه.

وكذلك إن استسلم البائع وأخبره أنّه غير عارف بالقيمة، فذكر له البائع ما أغراه به، مثل أن يقول: أعطيت فيها كذا، أو قيمتها كذا، أو سمّى الّذي باعها به منه، فإنّ هذا ممنوع منه باتّفاق.

---

(1) جزء من حديث متفق عليه. عن سعد ابن أبي وقاص، أوله: جاءني رسول الله ﷺ يعدني في عام حجّة الوداع...

وغبن المستسلم لا يجوز، فإن وقع كان للمغبون المقال في الغبن، كما يكون له في النّجش، على حسب ما تكلّمنا عليه في كتابنا **المعلم**.

وهذا الإختلاف سببه ما وقع من ظواهر تجاذبها المختلفان. فمن ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1] الآية. فيقول من يرى الخيار للمغبون: إنّ الغبن أكل مال بالباطل، فلا يقضى به، لنهي الله تعالى عنه. ويقول من لا يرى الخيار للمغبون: قد استثنى تعالى من ذلك التّجارة استثناءً عاماً. وكلّ تجارة الأكل فيها جائز على الإطلاق، كان فيه غبن أو لم يكن/ . ويقول الآخرون: هذا الاستثناء كأنّه ليس من الجنس ولا عائد للأوّل، وتقدير الكلام: لكنْ التّجارة عن تراض جائزة. وأمّا أكل المال بالباطل، فلا يقع فيه استثناء. وكذلك نهيه عليه السلام عن إضاعة المال[2] يتعلّق به من قال: للمغبون الخيار ويقول الآخرون: المراد بإضاعة المال إتلافه في غير غرض صحيح يقتضيه العقل، فأمّا ما اقتضاه رأى رجل لغرض صحيح، أخطأ فيه أو أصاب، فغير مراد بهذا الحديث.

وكذلك أيضاً تجاذب حديث **حبّان** لمّا شَكَا إلى النبيّ ﷺ أنّه يخدع في البيوع فقال: «**إذا بايعت فقل لا خلابة**»[3] / . ولم يحكم له بردّ ما تقدّم من الغبن. فلو كان يجب لبيّن ذلك، ولقضى له به. ويقول الآخرون: هذا لا حجّة فيه لأنّه لم يثبت عنده الّذي شكاه من الغبن ولا مقداره، ولا يلزم القضاء بما لم يثبت. ويقول الآخرون: قد قال عليه السلام: «لا خلابة»، وهذا يقتضي نفيها، اشترطت أو لم تشترط. ويقول الآخرون: إنّما يقتضي ردّ الغبن إذا اشترط: لا مغابنة. وأمّا إذا لم يشترط ذلك، فلا يردّ. والمراد بهذا اشتراط ألاّ مغابنة، ولو كان للمغبون مقال، لم يفتقر إلى اشتراط.

---

(1) سورة النساء: 29.

(2) فتح الباري ج13 ص11.

(3) أخرجه أبو داود: بيوع مختصر المنذري 5: 141.

وكذلك أيضاً يُتعلّق في هذا بنهيه عليه السلام أن يبيع حاضر لباد[1]، وإنّما هذا ليُغْبَن البادي، ولو كان الغبن حراماً ما نهي عن أمر يؤدّي إلى رفعه. ويقول الآخرون: إنّما شُرِع هذا لكون أهل البدو وأموالهم غلاّت إن ذهبت تعود. لا أثمان يَبذلُونها في هذه الغلاّت، وأهل الحضر يشترون غلاّت أهل البدو بالدّنانير والدّراهم، ويعسر عليهم خلفها. فوازن بين الضّررين، فرجّح حقّ من يدفع ما لاَ يمكنه خلفه إلاّ بمشقّة، على حقّ من يمكنه الخلف من غير مشقّة. فلا/ مدخل لهذا فيما نحن فيه؛ لأنّا نتكلّم على حضريّيْن أو بدوييّن تبايعا فتغابنا.

وكذلك يُتعلّق في هذا بنهيه عليه السلام عن تلقّي الرّكبان[2]. وقد وقع في كتاب مسلم أنّ البائع بالخيار إذا أتى السوق[3].

فأثبت النبي عليه السلام الخيار للجالب لأجل ما يلحقه من الغبن. وهذا من أمثل ما يتعلّق به أهل هذا المذهب. على أنّه يجيب عنه الآخرون بأنّه عليه السلام إنَّما نهى عن التلقي لحق أهل السوق، لئلاَّ ينفرد الخارج عن المدينة بالأرباح دونهم. وإن خرجوا كلهم، فقد أضرَّ بالناس فقد جميع أهل السوق فنهي المتلقي عن ذلك لحق أهل السوق. فإذا باع منه الجالب وأتى إلى السوق، فكان العقد قد منع الشرع منه المشتري لحق أهل السوق، وجب فسخه، فلم يلزم البائع إلاَّ أن يختار إمضاء على نفسه بعد الإطلاع على الغبن، فيكون كالواهب لماله فلا يمنع من هذا.

فأنت ترى كيف وقعت المشاركة في هذه الظواهر والمزاحمة عليها.

وينبغي أن تعلم أنّا قدّمنا أنَّ المستسلم وإن لم يشترط ألاّ غبن، فإنَّ استسلامه لمن باع منه كالشرط عليه بأن لا يغبنه. واتفق على أن للمغبون مقالاً. كما أنَّ من علم القيمة فزاد عليها، اتفق على أنّه لا مقال له، لأنّه كالواهب.

---

(1) اللؤلؤ والمرجان: 973.

(2) اللؤلؤ والمرجان: 973.

(3) إكمال الأكمال: 4: 188.

والمغبون غلطاً منه على نفسه، هل يقدر أنَّه كمشترط في رضاه ألاً يكون غبناً فيكون له الرد؟ أو لا يقدر مشترطاً بل هو راضٍ بما عقد على نفسه على أي حال كان، فيلزمه ذلك؟ وقد ضمن القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** إلى هذا المعنى الذي نبهتك عليه بأن قال في آخر كلامه؟ إذا دخل على بيع النَّاس المعتاد. فأشار بهذا إلى ما قلناه وبالله التوفيق.

كتاب الرّدّ بالعيب

بسم الله الرحمن الرحيم
صلَّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلَّم تسليماً
كتاب الرد بالعيب

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: ومن ابتاع سلعة على السلامة فظهر[1] بها عيب يوجب الرد، فهو بالخيار بين أن يرد ويرجع بالثمن، شاء البائع أو أبى، أو يمسك، ولا شيء له: أرش ولا غيره، إلاَّ أن يبذل له البائع الأرش. ولا يلزم في الأرش بذله/ ولا أخذه بالتراضي[2]ما دام رد العين ممكناً. **قال الإمام رحمه الله**: يتعلَّق بهذا الفصل أربعة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على تحريم البيع بالعيب؟

2 ـ وهل يمنع التدليس من صحَّة البيع؟

3 ـ وما حكم العيب إذا اطلع عليه المشتري؟

4 ـ وهل تختلف العقود في الرد بالعيب؟

فالجواب عن السؤال الأوَّل أن يقال: أمَّا الغش والتدليس في البياعات فمحرَّم. والدليل عليه من الكتاب والسنَّة وإجماع الأمَّة.

فأمَّا الكتاب فقوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾.[3] فإذا باع سلعة وكتم ما بها، فقد أخذ ما زاد من الثمن،

---

(1) في غ: نوج.

(2) في غ و الغاني: ولا يلزم يدل الأرش ولا أخذه إلاَّ بالتراضي.

(3) سورة النساء: 29.

وهي سليمة، على ثمنها معيبة. وفي الصحيح أنَّه عليه السلام قال: «لا تصرُّوا الإبل»[1] الحديث. فنهى عن التصرية، وهي ترك اللبن في الضرع ليعظم جرمه في العين، فيعتقد المشتري أنَّ ذلك عادتها في الحلاب، فيزيد في الثمن لأجل هذا التدليس. وقد خرج مسلم في صحيحه **أنَّه عليه السلام مرَّ بصبرة طعام فأدخل يده فيها فنال أصابعه بلل، فقال: ما هذا؟ فقال: يا رسول الله أصابته السماء، فقال: هلاَّ جعلتموه على وجه الصبرة حتَّى يراه الناس، من غشَّ فليس منَّا**.[2] وقد ذكر في الحديث أنَّه أوحي إليه: بأن أدخل يدك فيها، فبالغ ﷺ في التغليظ في المنع من الغش حتَّى أورد كلاماً ظاهره إخراج الغاش من الدين. وقد اختلف الناس في تأويل هذا الحديث، وهو قوله عليه السلام: «**من غشَّنا فليس منَّا**» على خمسة أقوال. فمنهم من قال: المراد به أنَّ من غشَّ فليس على ديننا. قال ابن داوود: هذا غلط لأنَّ الغاش ليس بكافر.

وهذا الذي قدح به **ابن داوود** في هذا التأويل بعض الناس إلى أن حمل الحديث على أنَّ المراد به: من غشَّنا مستحلا لغشنا، وهذا لا شكَّ أنَّه يكفر به الغاش، لأنَّ استحلال ذلك مع أنَّ الشرع حرَّمه تكذيب للشرع، ومن كذَّب الشرع فهو كافر. وكان يقال في المذاكرة، فيصير هذا الإستدراك قولاً ثانياً.

وقد قيل: إنَّه ليس مثلنا. وطعن **ابن داوود** في هذا التأويل، وقال: النبي عليه السلام لا مثل له. هذا الذي طعن به ضعيف، لأنَّه صدق في أنَّ النبي لا مثل له منا في نبوَّته وعصمته وشرفه عند الله تعالى، وليس المراد بقول هؤلاء: ليس مثلنا في ذلك، وإنَّما المراد ليس مثلنا في تحريم ما يحرم وتحليل ما يحل والكف عن المحرَّمات.

وقيل: المراد ليس منا في فعلنا وسنَّتنا. وأنكر **ابن داوود** هذا أيضاً، وقال: الغش غير الغاش، وإنَّما ذكر في الحديث الغاش لا فعل الغاش. وهذا

(1) مسلم: إكمال الإكمال 4:184.

(2) مسلم: إيمان: ح 164 ـ أبو داود بيوع: 50.

أيضاً قد يجاب عنه، قد يراد بهذا التأويل: الكناية عن الغاش.

وقيل المراد: ليس هو على مثل فعلنا وسنَّتنا. وهذا الذي اختاره **ابن داوود** لأجل ما قدَّمه/ من القدح في التأويلات التي ذكرناها.

وقد ذكر **ابن حبيب** من أصحاب **مالك** أنَّ المراد ليس مثلنا ولا على سنتنا. فأنت ترى **ابن حبيب** كيف استسهل الجمع بين تأويلين مما قدمنا، وهما نفي المثلية والإتباع على الفعل، فدلَّ على أنَّ المراد بهذين متقارب. وإنَّما المقصود ليس على/ سنَّتنا ولا متبع لنا. كما حكي في **الكتاب العزيز** عن **إبراهيم** عليه السلام: ﴿فَمَن تَبِعَنِي فَإِنَّهُۥ مِنِّي وَمَنۡ عَصَانِي فَإِنَّكَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [1].

ومعلوم أنَّ مراد **إبراهيم** صلوات الله عليه بقوله: «فإنَّه مني» أي على سنَّتي وطريقتي وهديي. وكذلك قوله عليه السلام: «**من غشَّ فليس منَّا**» المراد به على سنتنا وهدينا.

ومما يدل أيضاً على تحريم التدليس ما رواه **عقبة ابن عامر الجهني** أنَّه عليه السلام قال: «**لا يحل لمسلم أن يبيع من أخيه بيعابه عيب إلاَّ أن يبينه**»[2]. وقال أيضاً عليه السلام في المتبايعين: «**إن صدقا وبيَّنا بورك لهما وإن سكتا وكتما محقت بركة بيعهما**»[3]. وأمَّا الإجماع فليس بين المسلمين خلاف في تحريم الغش والتدليس في البياعات.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: إذا ثبت تحريم الغش والتدليس في البياعات لأجل ما قدَّمناه من الأدلَّة، فإنَّ البيع إذا وقع على ذلك لم يمنع من صحَّته وانعقاده. ولا يكون البيع فاسداً يفسخ وإن رضي به المتبايعان. هذا مذهب فقهاء الأمصار.

ومن الناس من ذهب إلى أنَّ البيع يفسد بذلك، وقرَّر أنَّ التدليس لما ورد

---

(1) سورة إبراهيم: 36.

(2) ابن ماجة: تجارات ج: 45.

(3) فتح الباري 5:216 ـ وأخرجه مسلم والترمذي وأحمد.

الشرع بتحريمه، صار البائع قد عقد بيعاً منهياً عنه محرماً عليه. والنهي يدل على فساد المنهي عنه عند بعض أهل الأصول. وهذه الطريقة التي استند إليها من صار إلى هذا المذهب.

وقد أجيب عن هذا بأنَّ النَّهي إنَّما يدل على فساد المنهي عنه إذا كان النهي لحق الله تعالى، وأمَّا إذا كان لحق الخلق، فإنَّه لا يدل على فساد العقد، والنهي عن التدليس لحق الخلق وكون المشتري لا يحل ظلمه وأخذ ماله بالباطل، فلم يقتض هذا النهي فساد العقد.

وهذا الذي ذكرناه عن ذهاب أصحاب هذه الطريقة إلى اعتبار النهي، هل يتعلَّق بحق الله سبحانه أو بحق الخلق؟ قد ينتقض عليهم بغاصب غصب سلعة فباعها فأراد ربها لما مكن منها أن يجيز البيع، فإنَّ المشهور عندنا من المذهب أنَّ ذلك له. وحكى **ابن شعبان** قولاً ثانياً: أنَّه يفسخ، ولا يمكن رب السلعة المغصوبة من إجازة البيع. وهذا لأنَّ هؤلاء اعتقدوا أنَّ هذا إذا اشتراه منه/ كان منهياً عنه، اقتضى ذلك فساد العقد. ولكن قد يقال في هذا: إنَّ الغصب لو علم به المشتري لم يمكن رب السلعة من إجازة ذلك وإمضائه، لكون المشتري قد دخل على غرر وهو ترقب إمضاء رب السلعة للبيع أو رده، كما قيل في أحد القولين عندنا في هذا. والعيب لو علم به المشتري ولم يكن[1] فعل البائع منهياً عنه إذا علم أنَّ المشتري قد علم به، ولا يتعلَّق بعقده خيار لغيره، فيكون العقد فيه غرر.

ومن آكد ما يدل على أنَّ التدليس لا يمنع من صحَّة البيع حديث **النهي عن التصرية** فإنَّه عليه السلام قال: «**لا تصروا الإبل فمن اشتراها فهو بخير النظرين إن شاء أن يمسكها وإن شاء أن يردها وصاعا من تمر**»[2] الحديث المشهور. فنصَّ ها هنا على أنَّ المشتري له الإستمساك بالبيع الذي دلس البائع فيه بالعيب.

---

(1) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: لم يكن (بحذف واو العطف).

(2) فتح الباري ج5 ص 265/273.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: حكم المبيع إذا اطلع فيه على عيب فخير المشتري بين الرضا بالمبيع معيباً ولا يسترد من الثمن شيئاً، أو يرد المبيع ويأخذ جميع الثمن على ما اقتضاه حديث المصراة. وسنعتذر عن ذكر الصاع في/ موضعه، إن شاء الله تعالى. وأيضاً فإنَّ المشتري لا يلزمه أن يأخذ معيبا، وقد نقد الثمن في سليم من العيب، لأنَّ ذلك تجارة لم يرض بها. وكذلك لا يلزم المشتري إذا بذل البائع له قيمة العيب قبول ذلك منه لأنَّه لم يرض إلاَّ بشراء سليم من العيب. وكذلك أيضاً لا يجبر البائع على دفع قيمة العيب لأنَّه لم يرض أن يبيع إلاَّ بالثمن الذي أخذ، فلا يلزمه البيع بأقل منه.

فإن قيل: قد قلتم في استحقاق الأقل من المبيع إذا كان جملة عدد: إنَّ البيع منعقد في الأكثر، ويرجع المشتري بما استحق، فهلاَّ كان حكم العيب كذلك، لأنَّه جزء ذهب من المبيع كما ذهب الجزء بالاستحاق؟ قيل: استحقاق ثوب من عشرة أثواب لا يعيب الثياب الباقية ولا يزهد في المقصود منها. وإذا اشترى ثوباً فوجد قطعاً أو خرقاً، فإنَّ ذلك الجزء الذاهب، وإن اختص بمحله، فإنَّه يسري إلى جملة الثوب، وكأنَّ العيب وجد في كل جزء منه، فصار المقصود من المبيع لم يحصل، فأشبه استحقاق الأكثر من العدد في المبيع. فإذا علم أنَّ الحكم مع قيام المبيع وكونه لم يتغيَّر تخيير المشتري من الرد وأخذ الثمن، أو يتمسك بالمبيع ولا شيء له، فإنَّ التراضي على أخذ الأرش وهو قيمة العيب جائز. **قال القاضي أبو محمد** في غير هذا: خلافاً لمن منعه.

والذي أشار إليه/ بأنَّه منعه هو **الشافعي**، لأنَّه منع من ذلك. منع من أخذ عوض عما ثبت للشفيع عن إسقاطه ما له من التخيير في الأخذ بالشفعة أو إسقاطها على مال يأخذه، لأنَّه يقدر أنَّ التخيير المستحق في مثل هذا ليس بمال فيصح أن يعاوض عنه بمال. وخالفه **ابن شريح** من أصحابه فأجاز التراضي على أخذ الأرش، كما يجوز التراضي على إسقاط القصاص، لكون ذلك مما يرجع إلى مال في بعض الأحوال.

وهذا الذي أشار إليه القاضي **أبو محمد** في غير كتابه هذا من أنَّ مذهبنا جواز التراضي على أخذ الأرش، ومذهب غيرنا المنع منه، يجب عندي أن يفصل القول فيه إذا قصد إلى حكاية المذهب. فيقال: إن علم المتبايعان بمقدار قيمة العيب قبل التراضي به، فإنَّ هذا لا يمنع، ولا يتصوَّر فيه وجه يوجب المنع منه، لارتفاع الجهالة مع هذا التراضي، ويقدر أنَّهما استأنفا عقدا ثانيا بثمن معلوم. وأمَّا إن تراضيا على الرجوع بقيمة العيب، وهما غير عارفين بقيمته، فإنَّ هذا يجري عندي على القولين في مسألة استحقاق أكثر الصفقة المبيعة، كمشتري عشر ثياب استحق منها ثمانية، فإنَّ المشهور من المذهب منع المشتري من الاستمساك بالثوبين الباقيين بمقدار حصَّتهما، لكون ذلك كابتداء عقد بثمن مجهول. وأجاز ذلك في كتاب **ابن حبيب** وكذلك التراضي بأخذ الأرش مع كون المشتري قادراً على أن يرد المبيع المعيب ويسترجع الثمن المعلوم الذي دفع، فعدوله عن ذلك كاستئناف عقد بثمن مجهول، فيمنع على المذهب المشهور.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: العقود ثلاثة 1 ـ عقد معاوضة مبني على المكايسة كالبيع المحض، فهذا يثبت فيه الرد بالعيب. 2 ـ وعقد طريقه الصلة المحضة كالهبة والصدقة، وهذا لا يتصوَّر فيه حكم الرد بالعيب، إذ لا عوض له يرتجعه بالرد بالعيب.

وعقد ظاهره المكارمة/ وباطنه المعاوضة كالهبة المقصود بها طلب المكافأة، فهذا نبسط القول فيه في كتاب الهبات، إن شاء الله تعالى.

وحكى القاضي **إسماعيل** رضي الله عنه عن عبد الملك **ابن الماجشون** أنَّ الموهوب لا يرد الهبة بالعيب. وقاله **المغيرة** إلاَّ في العيب المفسد. وكأنَّ من ذهب إلى هذا يقدر أنَّ الموهوب إنَّما قبل الهبة ليبذل أكثر من قيمتها، فإذا لم يكن قصد الموهوب المكافأة بالقيمة بل بأكثر منها، لم يكن له مقال، لأنَّ سبب وجوب الرد بالعيب ما يؤدي إلى الانتقاص ممَّا دخل عليه المشتري.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه:/ وحدوث عيب عند المشتري ليس

بفوت يمنع الرد. وهو بالخيار إن شاء رده وما نقصه العيب عنده، وإن شاء تمسك به وأخذ الأرش.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ ما أقسام العيوب الحادثة عند المشتري؟

2 ـ وما حكم كل قسم منها؟

3 ـ وما وجه إسقاط مطالبة المشري بالعيب اليسير إذا حدث عنده؟

4 ـ وما الدليل على ما ذكره القاضي أبو محمد من تخيير المشتري؟

5 ـ وهل يسقط التخيير بإسقاط البائع طلب قيمة العيب الحادث؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: العيوب الحادثة عند المشتري على ثلاثة أقسام:

عيب يسير ومثله في **المدونة** بالحمى والصداع والرمد والكي والدماميل. وأشار إلى كل عيب محتقر لا يؤثر كبير نقص في الثمن. وقد خولف في أحد ما مثل به وهو الحمى. فرأى **سحنون** أنّها ليست من العيوب اليسيرة التي يعفى عنها. وأشار بعض الأشياخ إلى أنَّ مراد **ابن القاسم** الحمَّى اللطيفة التي يقرب زوالها وانقشاعها. وكذلك الرمد يختلف حاله. وذهب **ابن كنانة** إلى التوقف عن الرد للمبيع حتَّى ينكشف حال المرض، هل يموت العبد أو يفيق؟ وهو اختيار بعض أشياخي فيما ذكره **ابن القاسم** في المدونة في الرمد والحمى. وفي رواية **ابن القاسم** أنَّ المرض لا يمنع من الرد إلاَّ أن يكون مخوفا. وبالجملة فإنَّ مرجع الاختلاف والاضطراب في هذه المسائل راجع إلى ما يغلب على ظن الفقيه: من كون العيب الحادث يبطل الغرض المقصود فيمنع من الرد ويوجب قيمة العيب، أو لا يبطل الغرض المقصود فيثبت الخيار بين الرد وغرامة قيمة العيب الحادث، أو التمسك وأخذ قيمة العيب القديم، فيما غلب على ظنه من هذه الأحوال حكم للعيب بحكم ما قيل فيها.[1]

---

(1) لم يُذكر القسمان الثاني والثالث.

العيب اليسير الحادث عنده، فإنَّ **الأبهري** أشار إلى أنَّ هذا الحكم إنَّما يختص بعيب حدث عنده لا يؤثر نقصاً بشرط أن يكون النقص يسيراً. وقال بعض المتأخرين: إنَّما كان الأمر هكذا لأنَّ العيب من جهة البائع. فإن كان عالماً به، فقد دلس وفعل ما لا يحل، وظلم والظالم أحق أن يحمل عليه. فإن لم يعلم، فإنَّه مفرط. إذ لم يكشف عن العيب قبل أن يبيع، والمفرط كالمتعمد في هذا المعنى، مع كون الغالب حدوث هذه العيوب اليسيرة، فيقدر البائع كالعاقد على أن يتجاوز عن المشتري فيها.

ومال بعض المتأخرين إلى أن لا يعفى للبائع عن العيب اليسير إذا اطلع عليه المشتري، ولا فرق بين البائع والمشتري في هذا.

وقد أشرنا نحن إلى ما قيل من الفرق بينهما من كون البائع مدلساً ومفرطاً، فوجب أن يحمل عليه.

ومال بعض أشياخي إلى أنَّه لا يصفح للمشتري عن ذلك إذا لم يكن البائع مدلساً، لأنَّه يرى المدلس ظالماً يحمل عليه بخلاف من لا يدلس.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: أمَّا ما ذكرناه عن **محمد بن شجاع** فقد وجَّهناه.

وأمَّا ما ذكرناه عن **أبي ثور** فإنَّه يحتج بحديث المصراة. وقد قال فيه ﷺ: «**فمن ابتاعها فهو بخير النظرين إمَّا أمسكها أو رد وصاعاً من تمر**»(1) الحديث المشهور. فقدر ما حلب المشتري كالنقص الحادث عنده، فرد عوضه وجعل له الإمساك من غير غرامة يطالب بها البائع.

والإنفصال عن هذا الذي قال أنَّ الذي احتلبه المشتري ليس كالعيب الحادث عنده، وإنَّما/ هو لبن فيه حق البائع، وهو ما كان حين العقد، وفيه حق للمشتري، وهو ما كان بعد العقد، لا يتميَّز هذا من هذا، فجعل عليه السلام عوض اللبن الذي من حق البائع مع الشاة. فأفاته قبل الرد.

---

(1) فتح الباري ج5 ص 265/271.

وأمَّا سبب الخلاف بين **مالك والشافعي** فإنّه يلتفت فيه إلى تغليب أحد الضررين. فالبائع يلحقه الضرر إذا رد عليه ما باعه وقد تغيَّر، وعوض النقص ليس هو عين النقص، فكأنَّ المردود ليس بعين ما باع. وكذلك المشتري يلحقه الضرر إذا أمسك المعيب وغرم[1] عوض النقص لأنّه لم يدخل على ذلك. فإذا تقابل الضرران، رُجِّحَ أحدهما على الآخر.

فرجَّح **مالك** جنبة المشتري بما قدَّمناه من كون البائع متعمداً للتدليس أو مفرطاً في ترك الكشف عن العيب، فكان أولى بأن يحمل عليه فترد سلعته إليه.

ورأى **الشافعي وأبو حنيفة** أن البائع يريد استدامة العقد، والمشتري/ إذا أراد الرد فقد أراد فسخه، واستصحاب انعقاد البيع أولى من إحداث حكم آخر، وهو فسخه، ألا ترى أنَّ العنين إذا ضرب له الأجل فقال: وطئت. وقالت المرأة: لم يطأ، فإنَّ **مالكاً** لا يصدقها، لمَّا كانت تحاول فسخ العقد والزوج يحاول استدامته.

وأجيب عن هذا التشبيه بأنَّ الزوج إذا قال: وطئت، فإنّه لم يسلم العيب الذي ترد به المرأة النكاح. ومسئلتنا في عيب اتفق عليه المتبايعان. ألا ترى أنَّ الزوج إذا طلَّق وقال: كنت ارتجعت، فإنّه لا يصدق، وإن كان يدعي ما يستديم العقد، لمَّا كان الطلاق وانقضاء العدَّة قد ثبت، وهو يحاول رفع ما ثبت من ذلك.

وأمَّا حديث المصراة، فإنَّ المخالف يقول فيه: ما فعله المشتري إنَّما هو استعلام العيب. والحادث المفتقر إليه في استعلام العيب لا يؤثر بخلاف ما حدث مما لا تعلَّق له بالكشف عن العيب.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: إذا حاول المشتري الذي حدث عنده عيب رد المبيع لعيب قديم، فلا قدرة للبائع أن يصده عن ذلك. وإن حاول

---

(1) أي: أخذ المشتري غرامة النقص.

التمسك بالمبيع ومطالبة البائع بقيمة العيب القديم فقال البائع: أنا أحط عنك قيمة العيب الحادث عندك، فلا يكون لك الخيار إلاَّ في التمسك، ولا مطالبة لك علي أو تردَّ عليَّ ولا شيء عليَّ ولا شيء عليك. كما لو اطلعت على عيب كان عندي ولم يحدث عندك عيب، فإنَّك لا تمكن من مطالبتي بقيمة العيب. فإسقاط غرامة العيب الحادث عندك يصيره كما لم يحدث عندك فإنَّه يمكن من ذلك في المشهور من المذهب.

وحكى **ابن مزين** عن **عيسى ابن دينار** أنَّه لا يقبل هذا/ من البائع، بل يبقى المشتري على خياره بين أن يردَّ ويأخذ ما نقص أو يمسك ويأخذ قيمة العيب. ولم يقدر أنَّ علَّة إثبات التخيير للمشتري ما توجَّه عليه من غرامة. ألا ترى أنَّه قد قيل في إحدى الروايتين في الحيوان الهزيل إذا سمن: إنَّه يرده، إن شاء، أو يمسك ويأخذ قيمة العيب وإن لم تتوجَّه عليه غرامة. وهذا التشبيه ضعيف لأنَّ الخسارة للسمن كالغرامة لأخذ قيمة العيب. وقد قال بعض الأشياخ إنَّ مذهب **عيسى** يقتضي تمكين المشتري من المطالبة بقيمة العيب وإن لم يحدث عنده عيب لأنَّ البائع لمَّا أسقط عن المشتري غرامة ما حدث عنده، صار كمن لم يحدث عنده شيء. وهذا قد ينفصل عنه بأنَّ تخير المشتري حق له قد ثبت، وإن كانت علَّته الغرامة التي تلحقه مرتفعة، فرفع الغرامة بعد أن استقرَّ حكمها كما قيل في المسائل التي ترتفع عللها ولا يرتفع حكمها على ما سيبسط في أصول الفقه.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب قبل هذا: فإن فات، لم يكن له إلاَّ الأرش. والفوت هو ما لا يمكن الرد معه إمَّا لتلف المبيع كالموت والزمانة والهرم الذي لا يبقى معه انتفاع به، وإمَّا لتلف الملك كالعتق والتدبير والاستيلاد والكتابة، وفي بيعه خلاف. والصحيح أنَّه فوت يوجب الأرش. والإباق فوت.

قال الإمام رحمه الله يتعلَّق بهذا الفصل اثنا عشر سؤالاً. منها أن يقال:

1 ـ ما أقسام التغير الحادث عند المشتري على التفصيل. 2 ـ ما يتوقَّع

منها مثل تغير الأسواق. 3 ـ والاختلاف بنقص مثل تغيرها بزيادة؟ 4 ـ ومثل تغير البدن بزيادة ومثل تغيره بنقص أو زيادة؟ 5 ـ ومثل ولادة الأمة؟(1) 6 ـ وما الحكم/ في تلف الملك بالبيع؟ 7 ـ وما حكم المعيب إذا عاد إلى يد مشتريه؟ 8 ـ وما حكم تكرار البيع فيه بتدليس وغير تدليس؟ 9 ـ وما حكم المشتري إذا باع بعض المبيع؟ 10 ـ وما حكم وطء الأمة المبيعة؟ 11 ـ وما حكم رهن العبد المعيب وإجارته؟ 12 ـ وما حكم العيب في بعض الصفقة؟

فالجواب عن السؤال الأوَّل أن يقال: التغيير الحادث عند المشتري على قسمين: تغيير من ناحية القيمة، وتغيير من ناحية العين والتغيير من ناحية القيمة على قسمين: زيادة من ناحية القيمة، وزيادة من ناحية الجسم.

والتي من ناحية القيمة على قسمين أيضاً: زيادة من ناحية السوق، وزيادة من ناحية لا تشاهد في الجسم.

ولكل واحد من هذه الأقسام حكم وفروع يسيرة.

فأمَّا حكم الزيادة من ناحية القيمة، فإنَّه لم يختلف عندنا في أنَّها لا تأثير لها. ولا تغير ما قلناه في حكم العيب المطلع عليه من كون المشتري/ بالخيار إمَّا أن يتمسَّك ولا شيء له، وإمَّا أن يرد ولا شيء عليه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: أمَّا التغيير من ناحية السوق، فقد ذكرنا أنَّه لا تأثير له. ومال بعض الأشياخ إلى اعتباره. وقد اعتبر أهل المذهب في البيع الفاسد تغيير السوق وجعله أهل المذهب فوتاً يمنع من فسخ البيع الفاسد. وما ذلك إلاَّ لأجل الضرر اللاحق بالفسخ، لكون السوق إذا زاد، أضرَّ بالمشتري فسخ البيع، وإذا نقص، أضرَّ ذلك بالبائع لكونه ترجع إليه سلعته وهو يخسر فيها. فجعل حوالة الأسواق فوتاً على الإطلاق، لمَّا تساوى هذا الضرر بين البائع والمشتري، فعدل بينهما بأن جعل تغير السوق بزيادة أو نقص فوتاً في حقهما جميعاً. وكان مقتضى التعليل الذي أشرنا إليه أن يكون الفوت في حق

(1) الأسئلة (3) (4) (5) هي على معنى الإستفهام بدون ذكر أداته.

المشتري إذا زادت الأسواق وفي حق البائع خاصة إذا نقصت الأسواق. لكن لمَّا تساوى **الإمكان في الزيادة والنقصان** من الطرفين جميعاً جعل ذلك حكماً عاماً.

وقد أشار المتقدمون إلى الفرق بين البيع الفاسد والرد بالعيب، فإنَّ البيع الفاسد دخل فيه المتعاقدان، ولا مزية لأحدهما فيه على الآخر. والعيب من جهة البائع، لأنَّه إن تعمَّد، كان مدلساً. وإن لم يتعمَّد، كان مقصراً إذ لم يكشف عن العيب قبل أن يبيع، فلم يكن لاعتبار التدليس من غير جهته معنى، مع كونه مدلساً أو مقصراً. وإذا لم يعتبر ذلك من جهته، لم يعتبر أيضاً من المشتري زيادة السوق عدلاً بينهما.

وأمَّا إن كان تغير القيمة ليس من ناحية السوق لأمر أثر في البدن لحدوث سرقة العبد أو زناه أو إباقه عند المشتري، فإنَّ هذا وإن نقص من ثمنه، فقد قال **ابن حبيب**: لا مطالبة على المشتري إذا ردَّ بالعيب بقيمة هذا العيب الحادث عنده. وأنكر أشياخنا مذهبه هذا ورأوه خلاف الأصول. وحاول بعضهم إثبات خلاف في هذا، فأشار ما رآه[1] **ابن القاسم** في **المستخرجة** من أنَّ مشتري جارية اطلع فيها على عيب بعد أن أزوجها وولدت، أنَّه إن اختار ردَّها بالعيب، لم يرد قيمة عيب النكاح الحادث عنده، وقدر هذا المتأول أنَّه إنَّما قال ذلك لكون عيب النكاح نقصاً في القية لم يؤثر في العين، فأشبه حوالة السوق. وهذا عندي قد يعتذر عنه بأنَّه ذكر في الرواية أنَّ الأمة ولدت، ويمكن أن يكون ولدها جبر عيب النكاح ومحا أثر نقصه، فلم يتوجَّه لأجل ذلك على المشتري/ غرامة، كما سنحكيه عن **المدونة** بعد هذا في جبر عيب النكاح بقيمة الولد./ وإنَّما يبعد هذا التأول الذي تأولناه كونه لم يقيد الجواب كما قيَّده في **المدونة** باعتبار قيمة الولد، هل يجبر عيب النكاح؟ فلهذا أطلق الجواب ولم يقيده. وقد روى **محمد ابن صدقة** في **المدنية** عن **مالك** فيمن اشترى أمة فأزوجها ثمَّ اطلع على عيب، أنَّه له أخذ قيمة العيب أو ردَّها مع ما نقص النكاح. وهذا الذي قاله هو أصل

---

(1) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: فأشار إلى . . .

المذهب لمَّا لم يكن ها هنا ولد حادث يجبر به.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: أمَّا تغير القيمة بزيادة من ناحية السوق، فقد تكلَّمنا عليه. وأمَّا تغيرها بزيادة من ناحية تعلم صناعات، فإنَّ المشهور من المذهب أنَّ من اشترى عبداً فعلَّمه صناعة زاد بها ثمنه، أو جارية علَّمها صناعة زاد بها ثمنها، فإنَّ المشتري إذا اطلع على عيب لم يكن له أخذ قيمة العيب لأجل هذه الزيادة، بل يخير بين الرد ولا شيء عليه[1] أو الإستمساك ولا شيء له. هذا هو المنصوص في المذهب. وحاول الأشياخ فيه تخريج خلاف. فقال بعضهم: قد وقع في **الموّازيّة** فيمن اشترى عبداً فأعتقه وعليه دين فردَّ السلطان عتقه وباعه عليه في الدين، ثم أيسر المديان ثم أعسر، فاطلع المشتري من السلطان على عيب قديم كان عند البائع، أنَّ للمشتري أخذ قيمة العيب، لأنَّه إن ردَّه بالعيب أعتق على المديان المبيع عليه العبد لأجل ما حدث له من اليسر. وإذا أعتق عليه وقد صار معسراً، لم يجد مشتريه عنده ما يأخذ منه الثمن، فكان تخوف هذه الخسارة عذراً له يوجب له أخذ قيمة العيب. وكذلك خسارة ما أنفق عليه المشتري من أجرة في تعليم صناعة. وهذا يجاب عنه بأن يقال: العذر في مسألة **ابن الموّاز** كون المشتري لمَّا اختار الرد تضمَّن الردَّ المطالبة بالثمن، وهذا لا يجد ثمناً، فلم يلزمه تسليم المثمون من غير أخذ ثمنه. وما أنفق من أجرة في تعليم صنعة لا تعلق له بالرد ولا بالثمن، فلهذا لم يكن للمشتري فيه مقال.

وحاول بعض أشياخي أن يخرج خلافاً في المسألة مما وقع في **المبسوط** من أنَّ من تزوَّج امرأة، وأصدقها خادما، وعلمتها صناعة أدت فيها أجرة، فطلقها الزوج قبل البناء ووجب له ارتجاع نصف الأمة، أنَّه يجب عليه غرم نصف الأجرة، فلمَّا أوجب على الزوج غرامة ما أنفقته الزوجة التي هي مشترية[2] للأمة، فكذلك يجب أيضاً للمشتري عبدا فردَّه بعيب أن يكون له مقال فيما أنفق.

(1) هكذا في النسختين، [ولا شيء له].

(2) في التعبير بـ (مشترية) تجوّز.

وهذا الذي قاله/ شيخنا فيه نظر أيضاً عندي، لأنَّه قد قيل في أحد القولين: إنَّ الزوجة إذا اغتلت الجارية، التي هي الصداق، ثمَّ طلَّقها الزوج، أنَّه يرجع عليها بنصف ما اغتلت، لأجل أنَّه يقدر أن نصف الصداق لم ينتقل عن ملكه، وإنَّما يستقر لها ملك جميعه إذا دخل بها. والمشتري المطلع على عيب لا يرد الغلَّة باتفاق لكون ملكه مستقراً. فهذا التعقب الذي يظهر لي في التخريجين جميعاً. وإن كان ما ذكرته من التعقب على تخريج شيخي أظهر من التعقب الآخر على غيره.

وأشار بعض الأشياخ أنَّ هذا ينبني على ما ذكره **ابن حبيب** من كون الإباق الحادث عند المشتري لا مطالبة عليه بقيمته لكونه عيباً لم يؤثر في الخلق بل في الأخلاق. فكذلك/ المطالبة في هذه الزيادة لا تجب لكونها ليست بزيادة في الجسم.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: إذا اشترى حيواناً عبداً أو دابَّة وهو سمين فهزل أو عجف، أو هزيل أو أعجف فسمن، فإنَّ المذهب اضطرب في ذلك.

فذكر **ابن حبيب** أنَّ ذلك فوت.

وذكر عن **مالك** أنَّ ذلك ليس بفوت.

وذكر عن **ابن القاسم** أنَّه يرى الهزال في ذلك فوتاً ولا يرى السمن فوتاً.

وفي **الموّازية** أنَّه إذا عجفت الدابة التي اشتراها، فإنَّ المشتري بالخيار بين أن يرد ويرد ما نقص العجف، أو يمسك ويأخذ قيمة العيب.

وفي **الموّازية** أيضاً أنَّ الأمة إذا سمنت يردها ولا شيء له أو يمسكها ولا شيء له.

وذهب **ابن مسلمة** إلى أنَّ العجف فوت يوجب أخذ قيمة العيب ولا يمكن المشتري من الرد. وكذلك ذكر في **المدونة** في صغير كبر أو كبير هرم، أنَّ ذلك

عن **مالك** فيمن اشترى سلعة فنقلها وأدَّى في نقلها أجرة، أنَّ له أخذ قيمة العيب من البائع، إذ القيمة[1] بالموضع الذي نقلها إليه.

وعلى هذا الكلام في تغير البدن بنقص. فالمشهور من المذهب أنَّ الشلل والعمى ومصير العبد مقعداً ليس بفوت يوجب أخذ قيمة العيب. بل المشتري بالخيار بين أن يرد ويردَّ ما نقص، أو يمسك ويأخذ قيمة العيب. ورأى **ابن مسلمة** أنَّ هذا فوت يمنع الرد ويوجب أخذ قيمة العيب. وكذلك رأى قطع ذنب البغلة المركوبة أو الفرس المركوب.

وهذا كلّه اختلاف في شهادة بعادة. والمعتبر ما قدَّمناه من ذهاب المقصود/ بالمبيع أو بقائه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال: إذا اشترى أمة فأزوجها، ثمَّ اطلع على عيب قديم، قد تقدَّم كلامنا على العيب من ناحية نقص النكاح، وأشرنا إلى ماوقع من الإضطراب عليه، وأنَّ بعض المتأخرين أشار إلى إسقاط الغرامة عن المشتري لأجل عيب النكاح، لأنَّه رآه كعيب من ناحية الأخلاق. وقد قدَّمنا عن **ابن حبيب** أنَّه لا يرى ما حدث من عيب من ناحية الخلق، لا من ناحية الخلْق، يوجب على المتشري غرامة.

ويتعلَّق هذا التأويل بما وقع في **المستخرجة** من رواية **ابن القاسم** فيمن أزوج أمة فولدت ثمَّ اطلع على عيب قديم، أنَّ له أن يرد ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له. وقلنا نحن: يحتمل أن يكون مراد **ابن القاسم** أنَّ الوالد يجبر عيب النكاح. ألا ترى أنَّه قد وقع **لمالك** في **المدوّنة** أنَّ المشتري بالخيار بين أن يمسك ويأخذ قيمة العيب، أو يرد ويرد ما نقص. ولكن هذا الذي وقع في **المدنية** أنَّ الأمة ولدت. وأجاب عن ذلك على مقتضى الأصل. وحاول بعض الأشياخ تخريج قول على النقيض من هذا، وقال: إنَّما لم يجعل في **المدوّنة** إنكاح الأمة فوتاً يوجب أخذ/ قيمة العيب ويمنع من الرد مع ما نقص بناء على

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب إذا لقيه.

قوله إنَّ العمى والشلل والقطع ليس بفوت يمنع من الرد. وقد ذكرنا عن **ابن مسلمة** أنَّه يرى ذلك فوتاً يمنع من الرد ويوجب أخذ قيمة العيب. وينبغي أن يكون إنكاح الأمة كذلك لأنَّه يتلف المقصود منها، لا سيَّما إن كانت سريَّة، لأنَّ الغرض من السريَّة وطؤها، وقد امتنع لسبب التزويج. وإن كانت من الوخش فتردّد الزوج إلى دار سيدها يقتضي التمكين من وطئها مما يعظم الضرر فيه، فوجب أن يكون ذلك فوتاً.

فأنت ترى كيف بالغ بعضهم في تحقيره حتَّى لم يجعل له تأثيراً، وبالغ بعضهم في تعظيمه حتَّى جعله فوتاً يمنع من الرد.

فإذاتقرَّر هذا وثبت أنَّ المشهور من المذهب تمكين المشتري من رد الأمَّة وما نقص منها عيب النكاح، فإنَّها إن كانت ولدت من هذا النكاح فردَّها على سيدها بالعيب القديم فإنَّه لا يمكن البائع الذي ردَّت عليه من فسخ هذا النكاح لكونه عقد بوجه جائز. ولكنَّه في **المدونة** اعتبر قيمة الولد، هل في قيمته ما يجبر به عيب النكاح؟ فيرتفع هذا العيب ويكون المشتري بالخيار بين أن يردَّها بالعيب القديم ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له، كما لو لم يحدث عنده عيب. وذكر **سحنون** في المدونة أنَّ غيره لا يجبر عيب النكاح بقيمة الولد، كما لا يجبره بالنماء الحادث فيها. وقد اشتهر عن الشيخ **أبي القاسم السيوري** أنَّه كان يذهب إلى أنَّ الولد غلة، كاللبن والصوف. وإذا كان كذلك كان الولد للمشتري. ويعتضد بهذا الذي وقع في **المدوّنة** من قوله إنَّ المشتري يجبر به عيب النكاح. فلولا أنَّه له كما تكون الغلات ما جبر به ما لزمه من عيب النكاح، وأدَّاه في غرامة وجبت للبائع عليه. وهذا الذي يشير إليه مما يصعب الانفصال عنه من ناحية الفقه. لكن من ناحية ما يؤدي إليه من تناقض في الرواية يسهل الانفصال عنه. وذلك أنَّه في هذه الرواية أوجب رد الولد وجبر به عيب النكاح. وعيب النكاح إنَّما يلزم فيه قيمة، ولا يلزم فيه أن يدفع المشتري عرضاً بغير اختياره/ . ولا يلزم البائع أيضاً قبول عرض عن دنانير وجبت له على المشتري إلاَّ باختياره. وها هنا جعل الحكم ردّ عين الولد، وهذا يقتضي أنَّه أنزل الولد

منزلة بعض أعضائها، فلهذا أوجب ردَّه معها. وبعض أعضائها لا يكون غلة، ألا ترى أنَّ ولد المدبرة مدبر والمعتقة معتق والمكاتبة مكاتب وولد الأمة عبد وإن كان أبوه حراً. وهذا يقتضي أن يكون حكمه/ حكم أحد أعضائها. وأيضاً فإنَّه أوجب رد الولد وإن كانت قيمته أضعاف ما لزم المشتري من قيمة عيب النكاح. فلو كان الولد للمشتري كما تكون الغلة له، لم يخرج من يده ما فضل من قيمة عيب النكاح.

وقد اعتذر بعض أشياخي عن هذه الرواية بأنَّه إنَّما راعى نفي الضرر. فإذا رجع إلى البائع مثل ما دفع من غير خسارة عليه، لم يكن له مقال. فإذا لحقته خسارة، كان له مقال. كما قيل فيمن باع عبداً ثمَّ اطَّلع على عيب قديم وقد أخذ في العبد مثل الثمن الذي يرجع به على البائع لو ردَّ عليه بالعيب: أنَّه لا مقال له.

وهذا الإعتذار يلزمه على مقتضاه أن يجبر عيب النكاح بنماء الجارية في بدنها حتَّى يكون هذا النماء يزيد في قيمتها ما يجبر به عيب النكاح، لكون الضرر أيضاً قد ارتفع على حسب ما ارتفع بجبران الولد قيمة عيبها.

والذي يظهر لي من الاعتذار طريقة أخرى، لولا أنَّه وقع أيضاً في الرواية ما يعارضها. وذلك أنَّ الولد إذا أخذه البائع، وهو زيادة على ما كان باعه، فإنَّ هذه الزيادة لولا هذا النقص الذي هو عيب النكاح لم يحصل البائع[1]. فمن البعيد أن يأخذ زيادة ويرضى بها ويقدر أنَّها لم تكن إلاَّ على ملكه ثمَّ يطلب عوض جنايتها وما كان سبباً في وجودها، فإنَّ هذا كالمتناقض. وهذا عذر واضح. ولكن مقتضاه ألاَّ يجبر الولد عيباً آخر حدث بالمشتري ليس هو عيب النكاح. وقد وقع في **الموازية** أنَّه يجبر به عيباً آخر حدث عنده ليس هو عيب النكاح. فإن لم نقل بهذا الذي ذكر ابن **المواز** كان اعتذاراً عمَّا وقع في هذه الرواية اعتذاراً صحيحاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للبائع.

وهذا الذي ذكره من العذر يكون انفصالاً عمَّا احتجَّ به **أشهب** على **ابن القاسم** من مباينته الولد على النماء كجزء من جسمها حساً وحقيقة، فهو كأحد أعضائها، ولم يكن من أمر طلب البائع أن يعطي عوضه. وهذا الذي ناقض به **أشهب** ابن **القاسم** قد وقع في رواية أيضاً التزامه. وذكر في كتاب الوديعة من **المدونة** أنَّ **ابن القاسم** روى عن **مالك** أنَّه يجبر عيب النكاح بزيادة قيمتها. وحملوا ذلك على أنَّ المراد زيادة قيمتها من ناحية نماء بدنها. وهكذا رواه **ابن شعبان** في **مختصره** عن **مالك**. ولا يلزم على هذا المذهب أن يجبر عيب النكاح بزيادة سوقها من ناحية انتقال الأسعار لا من ناحية نماء البدن، لأنَّ التقويم إنَّما يكون في العيوب أخذاً لقيمتها أو رداً معتبراً يوم الصفقة، وما كانت تساوي حينئذ يوم العقد، فلا معنى لاعتبار زيادة السوق بعد ذلك في جبران عيب النكاح.

وإذا قلت بمذهب **ابن القاسم** في جبران عيب النكاح بقيمة الولد، فإنَّ صفة هذا الجبر أن يقال: ما قيمة هذه الأمة يوم الصفقة وهي سالمة؟ فيقال: مائة دينار. ثمَّ يقال: ما قيمتها بعيب التدليس؟ فيقال/ : ثمانون. ثمَّ يقال: ما قيمتها بعيب التدليس وعيب النكاح على أنَّ معها ولدها. فإن قيل: ثمانون، فقد علمنا أنَّ النكاح لم يؤثر نقصاً لأجل الولد. وإن قيل: قيمتها سبعون، فقد علمنا أنَّه أثر نقصاً، فيطالب بمقدار هذا النقص الذي كان عن النكاح بنسبته من الثمن على حسب ما يأتي بيانه في تقويم العيوب إن شاء الله تعالى.

ولمَّا ذكرنا عن الشيخ **أبي القاسم السيوري** ما انفرد به عن أهل المذهب من كون الولد غلة عنده. وذكرنا تعلقه بما وقع في هذه المسألة، فلنذكر تعلقه بماوقع في مسألة أخرى. وذلك أنَّه ذكر **ابن الموّاز** عن **مالك** أنَّه إذا باع أمة فأزوجها المشتري فولدت عنده فباع الولد، أنَّ البائع، إذ فلس هذا المشتري، فأراد ارتجاع ما باع[1]، فإنَّه يأخذ الأمة ولا مطالبة له بما أخذ المشتري في ثمن

---

(1) أي لأنَّه لم يقبض الثمن.

ولدها. قال: لأنَّ الولد غلَّة، بخلاف أن يرد الأمة بعيب وقد باع ولدها، فإنَّه يرد ما أخذ من ثمن ولدها. فأنت تراه كيف نصَّ ها هنا على أنَّ الولد غلة، ولكنَّه لم يطرد هذا في رد الأمَّة بعيب. وكان مقتضى هذا الذي قال أيضاً ألا يرد أيضاً ثمن الولد إذا باعه ورد أمَّه بعيب.

وقد حاول بعض المتأخرين اعتذاراً عن هذا بأنَّ من مُكّن من الرد بالعيب فإنَّه له أخذ جميع الثمن. فإذا كان قادراً على أن يردَّ هذه الأمة ويأخذ جميع الثمن، فإنَّه يحاسب بما أخذ من ثمن الولد، لأنَّ هذا الردَّ والنقص باختياره. وفي التفليس البائع هو المختار لرد هذا البيع وارتجاع الأمَّة، فلا يحاسب المشتري بما أخذ في ولدها.

وهذا الفرق كما تراه لا يروح[1] ما أشرنا إليه من المناقضة الذي يقتضيها الولد بأنَّ الولد غلة.

وأشير أيضاً إلى فرق آخر وهو أنَّ الأصل في التفليس ألاَّ يرد البائع ما عقده على نفسه من البيع. لكن أوجب الخروج عن هذا الأصل ورود الحديث بذلك، وهو قوله ﷺ (**من أدرك ماله بعينه فهو أحق به**)[2] الحديث المشهور. فلعل استحقاق البائع رد المبيع في التفليس بكون ما باعه باقياً بعينه. والولد إذا بيع فليس هو عين ما باعه البائع. ولو قرّر أنَّه كعضو من أمه. فهذا العضو ليس ما نصاً[3] ولا موجود، فبقي حكمه على مقتضى الأصل، لكون الحديث الناقل عن هذا ليس دليل الخطاب فيه إلاَّ أنَّ للبائع حقا إذا لم يكن ما باع موجوداً، ورد الولد إذا بيعت أمُه أو ردَّ ثمنه، لم يرد حديث يمنع من رد ثمن الولد. فلمَّا وجب عين رد الولد[3]، وجب رد ثمنه.

وأشير أيضاً إلى فرق آخر وهو أنَّ البائع ليس له في التفليس أن يحاص

(1) هكذا في النسختين.
(2) الموطأ: حديث 1979: 2: 209.
(3) هكذا في النسختين.

بثمن الأم وثمن الولد إذا اختار الحصاص، لأنَّه ليس له إلاَّ ثمن واحد وهو ثمن الأمة. فلمَّا لم يكن له إذا اختار الحصاص المحاصة بثمنه، فكذلك لا يكون له إذا اختار ترك الحصاص وجعل[1] ما عقد من البيع أن يطالب بثمن الولد.

هذه الفروق التي يمكن أن يقال في هذا. ولكن التحقيق يقتضي إذا قيل: إنَّ الولد غلة، أن يكون الحكم ألاَّ يرد الولد في عيب ولا تدليس، وإن كان قائماً بعينه، فأحرى ألاَّ يردَّ ثمنه. وإن قيل: إنَّه ليس بغلة، بل كعضو منها، أن يكون يرد الولد في الجميع، وإذا وجب رد عينه، وجب رد ثمنه. ويتضح وجوب الثمن في الرد بالعيب وفي التفليس قد يقال فيه ما أشرنا إليه من الفروق، وجميعها لا يكاد يسلم من مناقضة وممانعة فلمَّا كان ما ذكرناه عن كتاب **ابن الموّاز** من أوضح ما/ يتعلَّق به الشيخ **أبو القاسم السيوري** لذكره أنَّ الولد غلَّة، دعا هذا بعض أشياخي إلى أن قال: لم يرد أنَّه غلَّة على الحقيقة في سائر أحكام الغلة، ولكنَّه أراد أنَّ الأمة إذا ردَّها في التفليس بعينها قدَّر كأنَّ الولد لم يكن لمَّا رجعت بعينها على كمالها، كما لو أصابتها موضحة فأخذ أرش الموضحة وردَّها على بائعها ولم تشنها الموضحة، ولا نقصتها، فإنَّه لا يرد ما أخذ من أرش الموضحة لمَّا ردَّ عين المبيع سالمة. ومقتضى هذا الذي قال شيخنا من التعليل ألاَّ يرد الولد، وإن كان باقياً، لكونه إذا ردَّ أمَّه دونه فقد ردَّها على الكمال، فلا يجب رد الولد، وهو قد جعل قولهم: إنَّ الولد يرد، فغير مانع أن يستقرَّ من هذا الذي قالوه في ثمن الولد كون الولد غلَّة.

فإذا تقرَّر هذا، فإنَّ هذا الولد إذا كان قائماً هو وأمه لم ينص على خلاف في المذهب في أنَّه يرد مع أمه، إلاَّ ما أشرنا إلى ما خرَّجه الشيخ **أبو القاسم السيوري**. وقد أشار غيره إلى تخريجه مما رواه **عبد الرحمان ابن دينار** عن **ابن كنانة** فيمن اشترى أمة حاملاً فولدت فأخذ ولدها، أنَّه إذا لم يختر أخذ قيمة العيب واختار ردَّها، أنَّه يرد معها ما نقص من ثمنها لأجل ما كان يرجى من

(1) هكذا ولعلها وحصل.

ولادتها. فلم يعتبر كون الولد كعضو منها استحقَّ البائع عليه رده بعينه، فإذا أتلفه، كانت عليه قيمته/ ، بل راعى ما يكون من النقص من ناحية ما يرجو من ولادتها. وأشار أيضاً إلى إجرائه على الخلاف في السمن، وقد تقدَّم ذكرنا الخلاف فيه لمَّا كان السمن غير منفصل من الأمة، والولد كأنَّه غير منفصل منها لمَّا لم تَجز التفرقة بينهما.

وهذا الولد لو مات وبقيت أمه، لكان الحكم تخيير المشتري في رد أمه وما نقصها النكاح، أو التمسك وأخذ قيمة العيب، ويقدر الولد كأنَّه لم يخلق. وهذا أيضاً قد يقال فيه إذا قدَّرتموه كعضو من أعضائها وجزء منها، ولهذا أوجبتم رده بعينه على البائع. فإذا مات وهو في يد المشتري، اقتضى ذلك أيضاً أن يرد قيمته كما يرد قيمة يدها لو شلَّت عنده. قيل: اليد إذا شلت عنده، وجب رد قيمتها إذا اختار الرد لأنَّ لها حصَّة من أصل الثمن. فلو ماتت الأم خاصَّة وبقي الولد وحده، فالظاهر أنَّ المذهب على قولين: مذهب **ابن القاسم** أنَّ الواجب قيمة العيب. ومذهب **أشهب** أنَّ البائع مخيَّر بين أن يعطي قيمة العيب أو يمنع من ذلك، ويخيَّر المشتري بين أن يتمسَّك بالولد ولا يسترد من الثمن شيئاً، أو يرد عليه الولد ويرد البائع جميع الثمن.

فكأن **ابن القاسم** قدَّر أنَّ الولد في حكم التبع وكجزء منها، فإذا ذهب المتبوع وهو الأم، صار التابع وهو الولد في حكم الذاهب أيضاً، ووجوده كلا وجود، ولو ماتا جميعاً، لكان الحكم أخذ قيمة العيب. وكذلك إذا ماتت الأم وقدَّرنا أنَّ الولد الباقي كالميت بحكم كونه تبعاً لأمه.

وكأنَّ **أشهب** قدَّر أنَّه كمبيع ذهب بعض أجزائه عند المشتري وبقيت منه أجزاء، فتكون الأجزاء الباقية إذا رضي البائع بها، يأخذها على أن يغرم المشتري قيمة ما ذهب عنده، كان ذلك من حقه إلا أن يشاء المشتري التمسك بها، ولا يرد عمَّا قلناه من كون المذهب المشهور أنَّ البائع إذا أسقط عن المشتري غرامة ما ذهب عنده، صار المبيع كأنَّه لم يذهب عند المشتري منه

شيء، فإنَّما يكون له أن يقبل بجميع الثمن أو يرد ويأخذ جميع الثمن. وقد كنَّا حكينا عن **عيسى**/ أنَّه لم يمكن البائع من هذا، وأبقى المشتري على خياره في أن يأخذ قيمة العيب. فإن قيل: فإنّكم ذكرتم عن **أشهب** أنَّه يرى بتمكين البائع من أن يؤدي قيمة العيب، فإن لم يفعل مُكن إذاً من ارتجاع الولد وردَّ جميع الثمن، إلاَّ أن يرضى المشتري بالتمسك.

والحكم في عيب حدث عند المشتري أن يكون هو المبدَّأ/ بالتخيير، ولا يبدأ البائع بأن يعطي قيمة العيب. وفي مسألة الولد بدأ **أشهب** بتخيير البائع. قيل: إنَّ الفوت ربَّما كان في حقِّ البائع والمشتري إذا لم يمكن رد العين، كمن اشترى أمة فاطَّلع على عيب بها بعد موتها، فليس إلاَّ قيمة العيب. وقد يكون الفوت في حقِّ المشتري خاصَّة، كمن اشترى أمة فشلت يدها عنده، فيكون المشتري مخيراً بين أن يقدرها كالفائتة ويأخذ قيمة العيب، أو يقدرها كمن لم تفت فيردها ويرد معها ما نقص العيب الحادث عنده على ما سننبه عليه بعد هذا. فيمكن أن يكون **أشهب** قدَّر هذا كالفوت في حقِّ البائع خاصَّة.

وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنَّ **ابن القاسم** غير مخالف **لأشهب** في هذه المسألة. واعتقد هذا لأجل أنَّه قد أورد في **المدونة** في باب بعد هذه المسألة، فقال: يأخذ المشتري قيمة العيب إلاَّ أن يشاء البائع أن يسترد الولد خاصَّة ويرد جميع الثمن، فيعود التخيير للمشتري في أن يقبل منه هذا، أو يتمسك بالولد ولا مطالبة له بقيمة العيب. فقدَّر هذا أنَّ الجواب الأوَّل وقع مطلقاً ووقع بعد ذلك مقيداً، فيجب رد المطلق إلى المقيد.

وأنكر غيره من المتأخرين هذا الإعتقاد، وقال: قد قال **سحنون** عقيب هذا: هذا مذهب **أشهب**. وهذا ينفي إضافة هذا المذهب **لابن القاسم**.

وأجاب غيره عن هذا بأنَّ المراد بقوله: هذا مذهب **أشهب**. أي إنَّ هذا الذي قاله **ابن القاسم** مثل مذهب **أشهب**. ولو بيعت الأم دون الولد لجرى الأم فيها على هذا الذي ذكرناه من اختلاف **ابن القاسم وأشهب**.

فعلى طريقة **ابن القاسم** الذاهب إلى أنَّ الولد الباقي كالمعدوم، إذا عدمت هي يكون الحكم في هذا كالحكم لو باعاهما جميعاً، الأم والولد، فإنَّه لا مقال له.

وعلى مذهب **أشهب** الذي يراه كجزء ذهب من المبيع، وهي جزء آخر، إن باعها بأقلَّ من الثمن وأراد البائع أن يرد الثمن كله ويسترجع الولد، كان ذلك له إن يشأ المشتري أن يستمسك بالولد ولا مطالبة له بالعيب. وأمَّا إن باع الولد خاصَّة فإنَّ له ردَّ أمه بالعيب، ويقدر أنَّه لمَّا ردَّ أمَّه بالعيب، انتقض العقد الذي كان بينهما، وإذا انتقض في الولد. ولا سبيل إلى نقض عقد المشتري فيه، فوجب أن يطالبه أن يردَّ الثمن الذي أخذ فيه. وقال **أصبغ** بأن يرد من ثمن الولد قيمته، وكأنَّه باعه مع أمِّه مولوداً. وكأنَّه قدَّر أنَّ ردَّ قيمته كرد عينه، وما كان من نماء أو زيادة فله.

ولو قتلت الأم دون الولد، لجرى الأمر فيها أيضاً على هذا الذي بيَّناه من الإختلاف في كون الولد كالعدم، وإن كان باقياً أو يقدر كبعض من المبيع بقي وذهب بعض آخر.

والجواب عن السؤال السادس/ أن يقال: أمَّا إذا فات المبيع المعيب ببيع المشتري له، فإنَّه إن باعه عالماً بعيبه، فلا خفاء بكون ذلك رضى منه بالعيب وإسقاطاً لحقه في القيام به. وأمَّا إن باعه، وهو لم يطلع على العيب، فإنَّ المذهب في هذا على روايات.

أحدها ما روي عن **مالك**، رضي الله عنه، من كون المشتري/ لا مقال له إذا باع. وإلى هذا ذهب **ابن القاسم** واعتلَّ بأنَّ المشتري إن كان علم بالعيب قبل أن يبيع، فقد رضي به، وإن كان لم يعلم، فإنَّه لم يحط من أجله من الثمن. فإذا لم يلحقه ضرر من ناحية العيب في الغبن لأنَّها خرجت من يده، ولا في الثمن لأنَّه لم يبخس، لأجل العيب، منه شيء سقط مقاله. وهذا اختيار **ابن الموّاز** أيضاً. وبه قال **الشافعي**. واختلف أصحابه في تعليل هذا. فقال بعضهم: إنَّما قال هذا لأجل أنَّ المشتري قد استدرك الظلامة. وهذا إشارة إلى ما ذكرناه

من تعليل **ابن القاسم** من كون المشتري لم يبخس لأجل العيب شيء.

وقال بعضهم: إنَّما العلَّة في ذلك كون المشتري لم ييأس من الرد لجواز أن يرجع المبيع إليه فيرده على بائعه.

وروي عن **مالك** أنَّ المشتري يعتبر ما حصل في يده من الثمن، فإن كان الذي حصل له مثل الثمن الذي دفع فأكثر، فلا مقال له، لأنَّه لم يبع وقضينا له بالرد، لم يكن له سوى الرجوع بالثمن. **والذي يقضى له بالرجوع به قد حصل** في يديه. فكأنَّه ردَّ بالعيب وارتجع الثمن.

وإن كان الثمن الذي باع به أقل مما اشتراه هو به، كان البائع مخيراً بين أن يكمل له الثمن. فإذا أكمله له، سقط مقاله لأجل ما قدَّمناه. وإن لم يكمله له أعطاه قيمة العيب من الثمن الذي قبض منه، لأنَّه يقول قد فاتت العين المبيعة المعيبة ولا قدرة لك على ردها، فلا يكون لك إلاَّ قيمة العيب، كما لو ماتت في يدك. وهذا أيضاً فيه إشارة ممَّا كنَّا قدَّمناه من كون الفوت يقدَّر في حق البائع خاصَّة. فإن شاء البائع ها هنا أن يجعل ما باعه المشتري كالفائت أعطى قيمة العيب. وإن شاء أن يجعله كالقائم، أكمل له بقيَّة الثمن. هذا مذهب **أشهب**، وهو اختيار **ابن حبيب**.

وقال **مالك** في **مختصر ابن عبد الحكم**: يقضي للمشتري بقيمة العيب. وقدَّر أن ذلك كالفوت في حقِّهما جميعاً كالحكم في الموت. وهو اختيار **محمد ابن عبد الحكم** وأضاف ذلك إلى **موطإ مالك**، فقال: قد قال **مالك** في موطئه: إذا فات المبيع بشيء من وجوه الفوت. وهذا المذهب هو اختيار **أبي محمَّد عبد الوهاب**. فقد ينفصل عن تعليل **ابن القاسم** بأنَّ/ المشتري الأوَّل يمكن أن يكون غير البائع، أو حال السوق بزيادة، فرأى المشتري العيب فحطَّ لأجله من الثمن ولم يعلم المشتري الأول أنَّ الذي اشترى منه حطَّ من الثمن شيئاً لأجل عيب رآه، ولو كان المبيع سالماً لبذل له المشتري أكثر ممَّا عقده عليه من الثمن. فالضرر لم ينتف عن المشتري. وبهذا أيضاً يتعقَّب مذهب **أشهب** من اعتباره

حصول الثمن موفراً في يد المشتري الأوَّل، لأنَّه يقول: إنَّ ما حصل في يدي مثل ما دفعت للبائع لأجل معرفتي بالتجارة وبالأسواق وبزيادتها وجهل الذي باع مني بذلك. فلا يحسب له هذه الزيادة، وسببها لم يكن منه، بل إنَّما كان منِّي. فهدا يقتضي كون البيع فوتاً يوجب قيمة العيب. وإذا وضح مأخذ مذهب **ابن القاسم** وهو كون المشتري الذي باع هذا المبيع لم يلحقه ضرر من جهة العيب، فيقال على هذا التعليل: إنَّه متى لحقه الضرر، كان له القيام بالعيب، مثل أن يفوت المبيع عند المشتري الثاني فيرجع على المشتري/ الأوَّل بقيمة العيب، فيصير المشتري الأوَّل قد لحقه الضرر من ناحية العيب، فيكون له أن يطالب البائع بما غرم له، لأنَّه إذا طالبه بما غرم، ارتفع الضرر عنه. إلاَّ أن يكون قيمة العيب من الثمن الذي اشترى به الأوَّل أقل مقداراً من هذا الذي أخذه المشتري الثاني من المشتري الأوَّل، فيكون من حق البائع أن يغرم له هذا، ولا يلزم أن يعطيه ما غرم هو، لأنَّه قد يكون حال السوق بزيادة أو غبن المشتري منه. فكانت قيمة العيب من الثمن الثاني أكثر من قيمة العيب من الثمن الأوَّل. قال **ابن الموّاز** إلاَّ أن يكون إكمال الثمن أقل من هذين فلا يلزم البائع إلاَّ إكمال الثمن، لأنَّه إذا أكمله سقط مقال المشتري لارتفاع الضرر عنه لأجل العيب. وإن الثمن لو عاد إليه كما دفعه، لم يبخسه العيب شيئاً. فلهذا قلنا: إنَّ البائع عليه الأقل من ثلاثة أشياء. إمَّا ما غرمه المشتري منه، أو قيمة العيب من الثمن الذي قبض، أو ما بقي على المشتري من خسارة من الذي دفع البائع.

وقد أشار بعض أشياخي إلى أنَّ هذا التخيير بين هذه الوجوه الثلاثة هو مذهب **ابن القاسم**. وأشار غيره إلى أنَّ ذلك إنَّما يستقيم على مذهب **أشهب** الذي قدَّمناه عنه. واحتجَّ هذا المتأوِّل بما وقع في **العتبيّة لابن القاسم** فيمن اشترى عبداً به عيب فباعه ثمَّ علم بالعيب وقد حدث عند المشتري عيب اختار أن يغرم البائع منه وهو المشتري الأوَّل قية العيب، أنَّ هذا المشتري الأوَّل إذا غرم/ للمشتري الآخر قيمة العيب رجع هذا الأوسط على الأوَّل بقيمة العيب. فلم يلتفت إلى ما كان بين الأوسط والآخر. وهو أيضاً لا يعتبر تغير الأسواق في

مثل هذا إذا قام المشتري بالعيب بعد أن باع وهو لم يعلم به. ألا تراه يقول، فيمن اشترى عبداً به عيب لم يعلم به فقتل العبد في يديه فأخذ من القاتل قيمة العبد، فإنَّه يرجع بقيمة العيب على من باع. ولم يلتفت إلى القيمة المأخوذة في القتل، هل مثل الثمن فأكثر، فلا يكون له مطالبة بقيمة العيب لحصول الثمن الذي دفعه في يديه موفراً. خلافاً **لأشهب** الذاهب في هذا إلى أنَّ القيمة المأخوذة عن القتل إذا كانت مثل الثمن فأكثر، فلا رجوع للمشتري بقيمة العيب، طرداً لأصله الذي قدَّمناه عنه.

وبعض أشياخي الذي حمل ما ذكره **ابن الموّاز** من التخيير بين الثلاثة أوجه يعد ما قاله **ابن القاسم** في مسألة القتل كالمناقض لما ذكره **ابن المواز** من التخيير في الأوجه الثلاثة. وقد يؤكد في نفسه ما تأوَّله على **ابن المواز** من أنَّه ساق ما ذكره من التخيير عن **ابن القاسم** كونه يذهب فيمن باع ولم يعلم بالعيب إلى مذهب **ابن القاسم** في أنَّ المشتري لا مقال له لما قدَّمناه من التعليل. وقد نقل ها هنا أنَّ **ابن القاسم** إنَّما يذهب إلى سقوط مقال المشتري إذا لم ينله ضرر من جهة هذا العيب. فإذا ناله الضرر بأن خوصم فيه وحوكم وأغرمه المشتري منه قيمة هذا العيب، فقد انتقض في هذا الجزء المبيع لمَّا أخذت قيمته فيما بين المشتري الأوَّل والثاني. فكذلك انتقض البيع في هذا الجزء وفيما بين المشتري الأوَّل والبائع الأول الذي[1] منه، فيرجع بالقيمة على حسب ما ذكره في **العتبيَّة** كما قدَّمناه عنه. أو يعود الأمر إلى التخيير لأجل ما ذكرناه من التعليل لكل وجه من الأوجه الثلاثة المخيَّر فيها.

وذكرت عن بعض أشياخي أنَّه ناقض **ابن القاسم** في مسألة القتل بما ذكره **ابن المواز** من التخيير بين الأوجه الثلاثة. وأنَّ مقتضى التخيير فيها أنَّ المشتري إذا حصل في يديه مثل الثمن فأكثر، فلا مقال له.

وكنت قدَّمت عن الشافعيَّة اختلافاً في تعليل ما ذهبوا إليه من كون

---

(1) هكذا في النسختين: وفي الكلام سقط.

المشتري إذا باع فلم يعلم بالعيب، فإنَّه لا مقال له، أنَّ منهم من قال: العلَّة في ذلك كون المشتري استدرك الظلامة. وأشار بهذا إلى ما بسطه **ابن القاسم** من التعليل من كون المشتري لم يبخس لأجل العيب. ومنهم من علَّل بأنَّه لم يويس من رد المبيع المعيب، فإذا أمكن رده على/ المشتري الذي باعه، لم يمكن الآن من القيام بالعيب. بخلاف عتق المشتري للعبد المعيب لأنَّ العتق يقتضي الإياس من الرد. فقد يقال أيضاً على هذا التعليل: إنَّ القتل يقتضي الإياس من الرد بخلاف الطلب بقيمة العيب والعبد قائم لم يفت. وعلى هذا الأسلوب من التعليل يجري الأمر في هذا المشتري إذا باع وهو عالم بالعيب معتقداً أنَّه حدث عنده، ثمَّ علم أنَّه كان عند البائع، فإنَّ له مطالبة الذي باع منه بقيمة العيب من الثمن الذي دفعه أو إكمال الثمن. وسقط الوجه الثالث لكونه لم يغرم لمن يشتري منه شيئاً إذا باع وبين العيب.

وكذلك إن وكَّل وكيلاً على البيع فباع الوكيل وبيَّن العيب معتقداً أنَّ الذي وكَّله حدث العيب عنده، فإنَّ التخيير الذي ذكرنا ها هنا مأخوذ ممَّا تقدَّم بيانه.

ولو توجَّه للمشتري الآخر على المشتري الطلب بقيمة العيب لفوت المبيع في يديه فألفاه مفلساً فأراد أن يرجع بما وجب له على البائع الأوَّل إذا كان هو الأقل[1] من الثلاثة الأوجه التي يجب للمشتري الأوَّل على من باع منه، فقيل يمكن من ذلك. كما يمكن من ذلك لو استحقَّ المبيع من يديه لكون البائع الأوَّل غريماً لغريمه، فما وجب له على غريمه كان له أخذه، إذا فقد غريمه، من غريم غريمه. وقيل لا يمكن من ذلك. لأنَّ هذا الوجوب لم يتيقَّن لإمكان أن يكون المشتري الأوَّل راضياً بالعيب. وهذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال: إذا اشترى معيباً باعه قبل أن يعلم بالعيب ثمَّ عاد إليه، فإنَّ هذا ممَّا اختلف الناس فيه.

فذكر **الطحاوي** أنَّ **أبا حنيفة** لم يمكنه من رد هذا المعيب على من باعه،

(1) كذا في النسختين.

ولو ردَّه عليه المشتري منه بعيب.

وذكر عن أبي **يوسف** أنَّه يمكن من رده على الذي باعه منه إذا ردَّ عليه بعيب.

واختار **الطحاوي** ألاَّ يمكن من الرد إلاَّ أن يرجع إليه باختياره من غير أمر وجب عليه، فإنَّه يمكن من الرد.

والمذهب عندنا تمكينه من الرد على أي حال، عاد ذلك إليه بعيب ردَّ به عليه أو بميراث أو هبة.

وتردَّد بعض المتأخرين من الأشياخ في النظر في هذا لأجل أنَّ **ابن القاسم** إنَّما علَّل منع من اشترى معيباً، ثمَّ باعه قبل أن يعلم بالعيب، من القيام بالعيب، لكونه لم يلحقه ضرر من أجل هذا العيب، ولا بخس في الثمن لأجله شيئاً على حسب ما قدَّمنا بيانه. ومقتضى هذا ألاَّ يمكن من الردِّ إذا اشتراه لأنَّ هذا ملك مستأنف والبيع الأوَّل باق على حاله لم يلحقه فيه ضرر لأجل العيب.

فأشار إلى التردد ما/ بين المذهب وما حكيناه عن **أبي حنيفة**.

فإذا تقرَّر أنَّ المذهب تمكينه من الردِّ إذا اشتراه، فإنَّ **ابن حبيب** ذكر أنَّه لا يمكن من الرد إذا اشتراه بشرط/ إن لم يكن خاصم فيه قبل أن يشتريه، فحكم القاضي عليه بمذهب **ابن القاسم** وأنَّه لا مقال له لانتفاء الضرر عنه كما بيَّناه. فأمَّا إن خاصم فقضي عليه بأن لا مقال له، فإنَّه إن اشتراه، لن يمكن من الرد لكون القضيَّة نفذت بسقوط حقه في هذا.

وأنكر الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد** هذا فقال: هذا بعيد من أصولهم. فإن قيل: لم قال الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد** هذا بعيد من أصولهم، وقد ذكر في **المدوّنة** في نكاح فسد لكونه انعقد بغير ولي فرفع إلى قاض يرى جوازه فأقرَّه، أنَّ هذا الحكم لا يفسخه غيره. وقدَّر أنَّ الترك ها هنا والإقدار على الفعل كاستئناف فعل؟ قيل: القاضي إذا حكم بإجازة هذا النكاح، فإنَّه قضى بذلك قضيَّة مؤبَّدة غير معلَّقة بشرط ولا علَّة. والقاضي إذا قضى بمنع هذا من المطالبة

بالعيب، فإنَّما ذلك لكون رد المبيع المعيب لا يمكنه، فإذا أمكنه ذلك، سقط الحكم لكونه معلقاً بشرط وعلَّة، فإذا زال ذلك، زال الحكم. وقد قال في **المدونة**: لا يمكن من خصام من باع منه، فإن اشتراه فله الرد. وقد يقتضي هذا أنَّ له الرد، وإن اشتراه عالماً بالعيب مع كونه لمَّا اشتراه عالماً بالعيب مسقطاً لحقه في القيام به على هذا الذي اشتراه غير عالم بالعيب.

ولو كان هذا المبيع المعيب باعه من اشتراه فتداولته الأملاك فاشتراه مشتريه الأوَّل من مشتريه الآخر، فقد ذكر في **المدوَّنة** أنَّ لهذا الذي اشتراه أولا ممن اشتراه آخراً، أن يرد، على من اشتراه منه آخراً. ووقع في بعض روايات **المدوَّنة**: له أن يرد عليه. وظاهر هذا الضمير عند بعض المتأخرين أنَّه يعود على من اشتراه منه أولاً.

وقد تعقب هو وغيره من الأشياخ رده على الأوَّل بأن ردَّه على الآخر يتضح ما قرَّرناه. وردَّه على الأوَّل إنَّما يتضح لو وقع التراد من واحد على آخر حتَّى ينتهي الأمر إلى هذا المشتري الأوَّل. فإذا انتهى إليه لحقه الضرر، فكان من حقِّه الرد. فإذا لم يقع التراد وعلم أنَّ في هؤلاء الجماعة المشترين من مراده ترك الرد إذا كان من حسن النظر له عند نفسه ألاَّ يرد لخسارة تلحقه في ذلك، ومنهم من يختار الرد لكون الرد أنفع. وهذا الإمكان لو خرج إلى الوجود وخرج أحدهم بأنَّه قد التزم هذا المبيع المعيب بعينه وقطع التراجع حتَّى لا يصل الرد إلى المشتري الأوَّل، لسقط حق المقال في هذا العيب لكون المبيع/ لم يرجع إليه على حسب ما قدَّمناه من مذهب **ابن القاسم**. وهذا يقتضي ألاَّ يمكن من الرد على الأوَّل.

وقد رأى بعض أشياخي أنَّ هذا قد يجيء على القولين في مسألة كتاب البيوع الفاسدة. وهي إذا اشترى سلعة شراء فاسداً ثمَّ باعها بيعاً صحيحاً ثمَّ اشتراها، أنَّ في ذلك قولين، أحدهما: قد ارتفع حكم الفوت لمَّا عادت السلعة إلى يديه ولم يحل سوقها، فيقدر كأنَّها لم تخرج من يديه. والقول الآخر: إنَّ

ذلك يمنع من الرد لاختلاف الأملاك واختلاف العهد. فكذلك ينبغي عنده أن يخرج الخلاف ها هنا.

وهذا التخريج عندي فيه نظر. وذلك أنَّ الفسخ في البيع الفاسد حق لله سبحانه لا يسقط تراضي[1] المتبايعين على إسقاطه. والرد بالعيب يجوز الرضى به، ويسقط الحق إذا رضي مشتريه به. وقد ذكرنا إمكان رضى أحد هؤلاء الجماعة به، وإذا رضي به/ سقط مقال من كان قبله، فيسقط مقال المشتري الأوَّل لأجل هذا على حسب ما ذكرنا أنَّ بعض المتأخرين نبَّه عليه، مع كون هذه المسألة متصورة في التراجع ما بين ثلاثة أشخاص في البيع الفاسد.

ونحن نذكر حكم التراجع بينهم في العيب، وهو أنَّ يشتري رجل سلعة معيبة ثمَّ يبيعها قبل علمه بالعيب ويبيعها أيضاً من اشتراها منه من رجل آخر، فإنَّ هذا المشتري الآخر له أن يرد على الأوسط. فإذا ردَّ عليه كان الأوسط[2] أن يرد على الأوَّل إذا لم يعلم بالعيب قبل أن يبيعها، لأنَّه إذا علم به ودلس به على المشتري الآخر، صار رضى منه بالعيب، وإذا لم يعلم، لم يكن راضياً بالعيب، فكان له الرد على من باع منه وهو الآخر، وله الرد على الأوَّل لرجوع السلعة إليه، على حسب ما قدَّمناه وذكرنا اختلاف الناس فيه، لكون المبيع لمَّا انتقض البيع فيه بينه وبين الآخر، صار كأنَّه لم يبع، وهو إذا لم يبع فظهر له عيب قام به. وإذا تداولت السلعة أملاك كثيرة، أمكن أن يكون أحدهم لا يختار نقض البيع على حسب ما نبَّهنا عليه ممَّا تعقَّبه قوم من الأشياخ على المذهب. ولو أنَّ هذا الأوسط اشتراه من الآخر بأكثر من الثمن الذي باعه، فإنَّه إذا اختار ردَّه على الأوَّل لم يكن له مطالبة الآخر بشيء، لأنَّه لمَّا كان قادراً على الرد عليه واسترجاع ما زاد عنده من الثمن فعدل عن ذلك إلى الرجوع إلى الأوَّل، فكأنَّه رضي بإمضاء البيع من الآخر.

---

(1) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: بتراضي.
(2) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للأوسط.

ولو تصوَّرت مسألة في رجلين بأن كانت عند رجل سلعة فباعها من رجل ثمَّ اشتراها منه فظهر فيها عيب قديم لم يعلما به، فإنَّ هذا المشتري/ الذي كان هو البائع الأوَّل من حقه أن يردها على هذا الذي اشتراها منه، لكن إذا كان الثمنان في البيعتين متساويين،[1] فلا فائدة في هذا التراد، لأنَّه إذا باعها الأوَّل بعشرة ثمَّ اشتراها من مشتريها منه بعشرة فردَّها بالعيب على هذا المشتري الآخر وطالبه بعشرة، كان من حق هذا أيضاً أن يردها عليه ويطالبه بعشرة، فيتقاصان وتبقى السلعة في يد من هي في يديه الآن وهو البائع الأوَّل. ولو كان اشتراها البائع الأوَّل بأقل من الثمن الذي باعها به، لكان من حق هذا البائع الثاني أن يطالبه ببقيَّة الثمن الذي دفع إليه، لأنَّ من حقه لمَّا ظهر العيب أن يرد عليه وقد صارت السلعة قد ردَّت إليه بالشراء، أو كأنَّها ردَّت إليه بالعيب[2] وإذا ردَّت إليه بالعيب، طولب بالثمن.

وقد حاول بعض أشياخي أن يخرج في هذا اختلافاً من اختلاف **عبد الملك** و**ابن القاسم** في امرأة خالعت زوجها بمال دفعته إليه، فبعد الخلع ظهر لها أنَّ بالزوج عيباً يوجب لها الخروج من عصمته وردَّ نكاحه بهذا العيب. فقال **ابن الماجشون** لها أن ترجع عليه بما دفعته إليه. وقال **ابن القاسم** لا رجوع لها عليه. وسبب هذا الاختلاف أنَّ **ابن الماجشون** يرى أنَّها لمَّا أرادت التخلص منه، ولم تقدر عليه إلاَّ ببذل عوض في ظاهر الأمر، وكانت في باطنه قادرة عليه من غير دفع عوض، كان لها ارتجاع ما دفعت من العوض، لأنَّها لو علمت بالحكم وأنَّها قادرة على التخلص، لم تبذل له عوضاً على ذلك. ورأى **ابن القاسم** أنَّها لمَّا/ دفعت ذلك باختيارها، مع إمكان رضاها بالعيب، لم يكن لها ارتجاع ما دفعت. فكذلك ها هنا لا يختار أن يكون هذا البائع الآخر لمَّا رضي أن يعيدها على بائعها بخسارة، وهو قادر على ألاَّ يخسر ويرد عليه بالعيب ويأخذ

---

(1) في النسختين: متساويان.

(2) هكذا، ويبدو أن النص قد حرف ولعلَّ الصواب، وقد صارت السلعة وقد . . . . كأنَّها ردت . . . . .

جميع ما دفع إليه من غير خسارة، فإنّه لا يمكن من طلب هذه الخسارة، كما لا تمكن المختلعة من طلب ما خسرت بسبب الخلع. ويقدَّر على هذا المذهب أنَّ رجوعها بحكم الشراء ملك ثان محقق يستأنف من غير خلاف، وردَّها بالعيب إعادة لها على الملك الأول على أحد الطريقتين عندنا في كون الرد بالعيب نقضاً من أصله. وقد كنّا أشرنا إلى ما قاله المخالف في أن اشتراءها لا يوجب تمكينه من الرد بالعيب، وما أشار إليه قوم من الأشياخ في تصحيح هذا المذهب وترددهم فيه.

لكن قد يقال عندي في الاعتذار عن **ابن القاسم**: إنَّ طريقة الأعواض في الخلع بخلاف طريقة الأعواض في البيع، ألا ترى أنّها لو خالعت بخمر أو خنزير فأبطلنا ذلك ونقضناه أو بغير ذلك ممَّا يتملَّك ويجب نقضه، فإنَّا إذا نقضنا هذه المعاوضة لم ترد إلى الزوج، مع علمنا/ بأنّه إنّما ترك سبيلها وباع منها منافع بضعها بما بذلته له، ثمَّ مع هذا حكم عليه برد ما أخذه عوضاً عن ذلك، ولم يمكَّن هو من ارتجاع ما دفعه عوضاً عن ذلك لحرمة الفرج، ولكون الطلاق إذا وقع وبانت الزوجة، لم يحل التراضي على التراجع واستباحة الوطء من غير شروطه الشرعيّة. ولو تصوّر مثل هذا في البيع المحض بأن باع إنسان عبده بخمر أو خنزير أو بجنين في بطن أمّه فنقضنا البيع، ورددنا ما في يديه، لكان من حقِّه أن يرتجع عبده الذي عاوض به عن هذا. وكأنَّ هذه الحقوق ماليّة إبطال أحد العوضين إبطال للآخر.[1] والخلع ليس من الحقوق الماليّة المحضة، ولهذا أجيز وأمضي عقده بغرر وما[2] لا يجوز في عقود البياعات. فهذا يمكن أن يكون انفصالاً عمّا ألزمه بعض أشياخي.

وهذا الذي صوَّرناه في مسألة العيب من ترادد هذا البيع ما بين هذين الرجلين محمله على أنَّ العيب تحقَّق قدمه. ولو كان مشكوكاً فيه هل هو قديم

(1) هكذا في النسختين، وما يقتضيه النص: ولأنَّ هذه الحقوق مالية فإبطال . . .
(2) هكذا في النسختين ولعلَّ الصواب: بما.

كان عند البائع الأوَّل أو حدث عند المشتري، لجرت فروع هذا على ما سنؤصله في حكم العيب المشكوك فيه.

وهو أنَّ العيب ربَّما أوجب ردَّ المبيع بعينه أو طلب بعض الثمن، وكلا الأمرين لا يثبت إلاَّ بيقين، وأمَّا مع الشك، فلا تجب غرامة ولا ينتقض عقد بيع. فمن طلب غرامة أو طلب نقض بيع، فهو المدعي وعليه البيِّنة، والآخر مدَّعى عليه فالقول قوله مع يمينه. ولهذا قال **ابن الموّاز** في هذه المسألة: إذا كان العيب مشكوكاً فيه، واشترى السلعة البائع الأوَّل بأقلَّ، فالقول قوله في أنَّ العيب لم يكن عنده، لأنَّ المشتري منه يقول له: العيب كان عندك، فمن حقي أن أردَّ السلعة عليك، وها هي في يديك، فادفع إليَّ بقيَّة الثمن.

ولو اشتراها على هذا الذي ذكره **ابن الموّاز** بأكثر ممَّا باعها به، لكان هو الطالب لردها على البائع الآخر ليستردَّ منه ما زاده على الثمن بعد أن دفعه راضياً به، ونحن على شك هل العيب كان عنده أو عند هذا المطلوب؟ فالقول قول المطلوب أيضاً لأنَّه تلزمه[1] غرامة بالشك.

وهذا إذا كان الطلب في تقديم أحدهما للآخر.

وأمَّا/ إن تصوَّر الطلب منهما جميعاً، هذا في غرامة مال واسترجاعه، وهذا في حل عقد، فإنَّهما يحلفان جميعاً لما قدَّمناه من أنَّ الغرامة لا تكون بالشك، ولا ينحل أيضاً العقد بالشك.

ولو صوَّرنا الشك في هذا العيب في ثلاثة أحوال، وهي إمكان كونه عند/ البائع الأوَّل قبل أن يبيعه، أو عنده بعد أن اشتراه، أو حدث عند المشتري منه، وكان الاشتراء بأقل من الثمن، تحالفا جميعاً على حسب ما صوَّرناه.

وكذلك لو كان بأكثر، فإنَّه يجري على ما قدَّمناه من كون المخاصمة في طلب غرامة أو حل عقد أو فيهما جميعاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: لا تلزمه.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال: إذا اشترى عبداً آبقاً دلس البائع بإباقه فباعه المشتري، وهو لا يعلم بإباقه، فأبق عند الثالث فهلك بسبب إباقه، فها هنا حكم التبعيض المختلف بأنَّ البيعة الأولى التي دلس فيها بالإباق يجب على بائعها رد الثمن الذي قبض، والبيعة الثانية لم يدلس بائعها، فتجب قيمة العيب بهلاك المبيع. فها هنا اختلف المذهب في هذا، لمَّا اجتمع هذان الأمران المختلف حكمهما. فالأصل أن يرجع الثالث على الثاني بقيمة العيب، لأنَّ الأوسط الذي باع من الثالث لم يدلِّس فإنَّما عليه قيمة العيب. والأوَّل حكمه مع الثاني إذا وجب له القيام عليه أن يأخذ منه جميع الثمن.

هذا حكم كل واحد مع صاحبه على الإنفراد. فإذا اجتمع الثلاثة أشخاص، فقال **ابن القاسم** يؤخذ جميع الثمن من الأوَّل فيدفع إلى الثالث، إلاَّ أن يزيد هذا الثمن المقبوض من الأوَّل على ما دفعه الثاني من الثمن وعقد به، فإنَّ هذه الزيادة تكون للأوسط، لكون الآخر قد رجع إليه جميع الثمن الذي دفع، فالزيادة عليه لا حقَّ له فيها. أو يكون الثمن الذي يأخذ الأوَّل نقص عن قيمة العيب من الثمن الذي دفعه الثالث، فإنَّ من حق الثالث أن يرجع بتمام قيمة العيب على الأوسط الذي باع منه. كما كان ذلك من حقه لو انفرد. فكأنَّ **ابن القاسم** قدَّر في هذا أنَّ الثالث، وإن لم يدلس عليه من باشره بالبيع، فإنَّ المدلس على من باع منه يقدَّر مدلساً عليه. وحكم من دلس عليه ها هنا أن يرجع بجميع الثمن. ويؤكد عنده كون الأول كالمدلس على الثالث، أنَّ الثالث يقول له: لو أعلمت الأوسط الذي باع مني بالإباق لأعلمني به، فلم أشتر هذا العبد منه، وإن لم يعلمني به، كان به مدلساً علي، فأنت سبب في إتلاف الثمن علي. ومتلف الشيء بسبب يقتضيه بلا بدٍ كمتلفه بمباشرة، فلهذا قضي على البائع الأوَّل برد الثمن كلِّه وإعطاء الثالث ما لم يكن أكثر مما دفع الثالث أو أقلَّ من قيمة عيبه من ثمنه.

وذكر أصبغ أنَّ الثمن إذا أخذ من الأوَّل، دفع منه إلى الثالث قيمة العيب الذي يستحقه على الثاني لو انفرد به، وسلَّم بقيته إلى الأوسط. فإما أخذ جميعه

من/ الأوَّل، كما قدَّمناه من التعليل، وإما اقتصاره، في هذه الرواية على ألاَّ يعطى منه الثالث إلاَّ قيمة العيب خاصَّة. فلأجل أنَّ الثالث لم يدلس عليه من باع منه، ولا يقدَّر أنَّ الأول كالمدلس عليه، لأنَّه وإنْ كان كالسبب في هذا، فإنَّ السبب إذا ضعف لا يؤثر، وإذا قوي أثَّر. وهو فيما بين الأوَّل والثاني. فلهذا وجب رد الأوَّل على الثاني ما قبض منه وهو ضعيف فيما بين الأوَّل والثالث، فلهذا لم يجب أن يرد على الثالث جميع ما دفع.

واختار **ابن الموّاز** مذهباً ثالثاً/ وهو كون الأوَّل لم يضر الثاني بتدليس، فصار تدليسه لا تأثير له، على حسب ما علَّلناه في مذهب **ابن القاسم** فيمن باع عبداً معيباً فباعه مشتريه قبل أن يعلم بالعيب ثمَّ علم به، فإنَّه لا رجوع له على من باع منه، لكون هذا العيب لم يلحق المشتري منه ضرر لمَّا باع، على حسب ما قدَّمنا بيانه، فكذلك هاهنا لمَّا باع الأوسط ولم يبخس لأجل العيب شيء فيسقط حكم التدليس فيما بينه وبين البائع. وهذا الأوسط لمَّا باع هو غير مدلس أيضاً. فالتدليس لا يتصوَّر ها هنا. لكن كنَّا قدَّمنا في المسألة التي مثلنا بها ها هنا فيمن باع عبداً اشتراه معيباً أنَّه لا مقال له عند **ابن القاسم** ألاَّ[1] يفوت العبد في يد مشتريه الثاني، فإنَّ المشتري الأوَّل إذا رجع عليه المشتري الآخر بقيمة العيب رجع هو أيضاً على من باع منه بما غرم من ذلك للحوق الضرر له بهذه الغرامة، أو بإكمال الثمن الذي دفعه أو قيمة العيب من الثمن الذي دفعه أيضاً، يرجع بالأقل من هذه الثلاثة أوجه على حسب ما قدَّمنا بيانه وتعليله. وكذلك يجب أن يكون للثالث أن يرجع ها هنا على الأوَّل المدلس بما كان يرجع به عليه الثاني إذ طالبه الثالث بالواجب في هذا، وهو الأقل ممَّا يغرمه الأوَّل للثالث ممَّا غرم الثالث، أو إكمال رأس ماله أو قيمة العيب من ثمنه. وكأنَّ ابن المواز قدَّر أنَّ حكم التدليس قد ارتفع لما بيَّناه، فلا يكون للأوسط في العيب مقال، إلاَّ أن يلحقه ضرر منه. فإذا لحقه الضرر أزيح ذلك الضرر بما يدفعه، وهو أحد هذه الوجوه الثلاثة.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب إلا أن.

ويقدح في المذهبين المتقدمين اللذين تضمَّنا إيجاب غرامة الأوَّل وجميع ما قبض، بأنَّ هذا الأوسط قد أخذ عوضاً عن هذا العبد الذي دلس عليه ودفع إليه جميع ما هو عوض إلاَّ الجزء الذي دلس به، لأنَّ ماله رجوع بقيمة ذلك. وأمَّا أن يجتمع له أخذ عوض ما اشتراه ودلس عليه به بالرجوع بثمنه، فإنَّ هذا خلاف مقتضى الأصول وخارج عمَّا يجب في أحكام التدليس.

والجواب/ عن السؤال التاسع أن يقال: إذا اشترى عبداً به عيب فباع نصفه قبل أن يعلم بعيبه، فإنَّ هذا النصف المبيع يجري حكم العيب فيه على ما قدَّمناه من الإختلاف في بيع ما بيع قبل أن يعلم بعيبه. فمذهب **ابن القاسم** أن لا مقال له فيه. ومذهب **أشهب** أنَّه يرجع بالأقل ممَّا نقص قبضه فيه كما دفعه فيه أو قيمة نصف العيب في هذا النصف، وعلى المذهب الثالث يرجع بقيمة العيب على الإطلاق. وأمَّا النصف الثاني يبدَّأ بالتخيير فيه بين أن يدفع نصف قيمة العيب المختص بهذا النصف الباقي، فيسقط مقال المشتري فيه، أو يقبله من المشتري بعيب الشركة والتبعيض الذي ذكره، فيكون المشتري مخيراً بين أن يقبل هذا النصف بجميع الثمن، أو يرده ويأخذ نصف الثمن.

وكأنَّه يرى أنَّ حكم الفوت إذا أوجب التخيير جعل التخيير في جنبة من لحقه الضرر. فإذا كان المشتري هو الذي يلحقه الضرر بغرامة تلزمه إذا ردَّ لكونه حدث عنده نقص، كان مخيراً بين الرد والإمساك وأخذ قيمة العيب. وإن كان الضرر في الرد يختص بالبائع. كان البائع هو المبدَّأ بالخيار، فله أن يعطي نصف قيمة العيب ويمنع المشتري من الرد لأجل ما يلحقه من الضرر.

ولو قضينا للبائع بهذا فدفع نصف قيمة العيب ثمَّ ردَّ هذا النصف المبيع على المشتري الأوَّل الذي باعه، فإنَّ الأشياخ اختلفوا إذا دّعا[1] أحدهما إلى نقض هذا الحكم ورد نصف قيمة/ العيب، وتخيير المشتري بين أن يقبل بجميع الثمن أو يرد. فمنهم من ذهب إلى أن ذلك حكم مضى ولا يرد. ومنهم من

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب إذا دعا.

ذهب إلى أنَّ هذا حكم إنَّما أمضي لعلة وهو ضرر البائع بالتبعيض، فإذا ارتفعت العلَّة، وجب ارتفاع هذا الحكم الذي تعلَّق بها.

وأشار بعضهم إلى أنَّ هذا نحو ما قدَّمناه من الاختلاف. وما حكيناه عن ابن حبيب من كون القاضي إذا منع المشتري لمَّا باع من القيام بالعيب ثمَّ استرجع المبيع، أنَّه لا يرده. وذكرنا عن الشيخ **أبي محمد ابن أبي زيد** قال: هذا بعيد من أصولهم، فكذلك ها هنا. وقد يقال: بل هذه المسألة آكد، لأجل أنَّ الذي ذكرناه ممَّا استبعده الشيخ **أبو محمد** كأنَّه قضيَّة وقعت بإقرار وترك، وهذه وقعت لغرامة وفعل فيجب أن تكون آكد.

ولو أنَّ المشتري لهذا العبد لم يبع نصفه ولكن تصدَّق بالنصف، فإنَّ هذا النصف المتصدق به يجب للمتصدق أخذ قيمة عيب هذا النصف كما لو تصدَّق بجميع العبد. وأمَّا النصف الآخر فإنَّه يحكم فيه بما ذكرناه من تخيير البائع بين أن يعطي قيمة نصف العيب المختص بهذا النصف، أو يمتنع فيخيَّر المشتري بين رده وقبوله لأجل ما قدَّمناه من التعليل هكذا. وروى **عيسى** عن **ابن القاسم** وقال **عيسى** عنه أيضاً: إنَّ للبائع التخيير/ إليه إذا زاد الثمن زيادة بينة، قال: أنا أختار أن نبيع نصف قيمة العيب في النصف المتصدق به. كأنَّه قدَّر أنَّ هذا البائع لمَّا باع، وهو يعلم أنَّ المشتري منه يمكن أن يبيع كلَّ المبيع أو يبيع نصفه بأن التراضي بعيب التبعيض، فلا يقدم في التخيير.

وأما الفوت من ناحية الصدقة، فإنَّه لا يختلف فيه أنَّ من اشترى عبداً ثمَّ تصدَّق به أو وهبه، فإنَّ له قيمة العيب لكونه خرج عن ملكه ولا يمكن رده، مع كونه لم يستدرك الظلامة بأن أخذ عن العيب ولا عن جهة العبد عوضاً.

وقد تنوزع في الهبة لو كانت من المشتري لهذا العبد المعيب على ولد له يمكن اعتصار هذه الهبة منه، فقيل: ليس له أخذ قيمة العيب لما كان قادراً على ارتجاع العبد إلى ملكه من غير اختيار الموهوب، فكأنَّه على هذا التقدير لم يخرج عن يده ولا عن ملكه. والعبد إذا لم يخرج عن يده ولا تغيَّر في نفسه، فإنَّه لا يمكن من أخذ قيمة العيب. إلى هذا ذهب الشيخ **أبو القاسم ابن الكاتب**.

وعلى تعليله لو كان ذلك صدقة لا يمكن اعتصارها لكان لهذا المشتري المتصدق أخذ قيمة العيب، لكونه غير قادر على ارتجاعه إلى ملكه، لكون الصدقة لا تعتصر. وذهب **ابن حبيب** إلى أنّه يأخذ قيمة العيب إذا وهب لابنه لكونه الآن قد خرج عن ملك المشتري، وقدرتُه على أن يرتجعه إلى ملكه لا يثبت بها حكم ما رجع إلى ملكه.

وقد اشتهر ما تقتضيه أصول المذهب من الاختلاف فيمن قدر أن يملك، هل يعد كالمالك أم لا؟ وهذا الذي نحن فيه جار على الخلاف في هذا الأصل. فإذا تقرَّر أن الهبة توجب أخذ القيمة للعيب إذا كانت هبة لا تعتصر، فالعتق أيضاً أولى بذلك، وبكونه فوتاً يوجب أخذ قيمة العيب، لكون الملك قد خرج به من يد المشتري خروجاً لا يأخذ عنه عوضاً، ولا استدرك به الظلامة، وهو ميؤوس من رجوعه إلى الملك. فكان أحرى بكونه فوتاً. ولا اعتبار ها هنا لحصول الثواب عن العتق، وتقديره عوضاً جعل له، لأنَّ هذا العوض/ ليس من جنس ما أخذه منه البائع هو المقصود في التعاوض بالأملاك. مع كون الرقبة السالمة من العيب أكثر أجراً في العتق من الرقبة المعيبة. فمقدار العيب لم يحصل عنه عوض لا من ناحية أعواض الدنيا ولا من أعواض الآخرة. وإن كان ربَّما حصل عوض الآخرة من ناحية نيّة المعتق. فكذلك الكتابة هي أيضاً فوت لأنّها في معنى العتق، فأجري عليها حكم العتق ها هنا. ولا اعتبار بما يأخذ من المكاتب من عوض، لأنَّ النجوم ليست بدين ثابت مستقر في ذمّة المكاتب. فالعوض الذي دفع للبائع قد حصل له، والعوض الذي يأخذ هو من المكاتب/ لم يحصل له ولا هو مستقر في الذمّة. وكون المكاتب يرتجى عجزه وعوده إلى الملك لا يمنع من كون الكتابة فوتاً يوجب الرجوع بقيمة العيب، لأنّا إنما نعلِّل البيع على مذهب **ابن القاسم** بأنّه قد استدرك الظلامة، على ما تقدَّم بيانه، وها هنا لم يستدركها، كما بيّناه، مع كونه غير قادر على التصرُّف في المكاتب، فصار ذلك العتق في تمكينه من طلب قيمة العيب. لكن هذا المكاتب لو عجز بعدما أخذ مشتريه الذي كاتبه قيمة العيب لأجل كون الكتابة فوتاً، فإنَّ بعض

الأشياخ قال: هذا حكم مضى لا ينقض. ويمكن[1] من أراد نقضه وارتجاع قيمة العيب من ذلك.

وكذلك لو مرض المشتري وبلغ بموجبه السياق حتَّى وجبت قيمة العيب ثمَّ صحَّ العبد، فإنَّ ذلك أيضاً حكم قد مضى. وهذا قد قدَّمنا نحن اختلاف الأشياخ في مسألة لمَّا تكلَّمنا على من باع نصف عبد اشتراه واختار البائع أخذ قيمة العيب ثمَّ رجع النصف الآخر إلى المشتري، فما ذكرناه يجري ها هنا.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال: اختلف الناس فيمن اشترى أمة فوطئها، ثمَّ اطلع على عيب كان عند البائع، ولم يعلم به حتَّى وطيء، فمذهب **مالك** أنَّ ذلك ليس بفوت يوجب أخذ قيمة العيب. هذا المشهور عنه وعن أصحابه. لكن إن كانت الأمة بكراً فافتضها، أنَّه يخيَّر بين أن يأخذ قيمة العيب لأجل ما يلحقه من الغرامة، أو يردَّ الأمَّة ويرد ما نقصها الافتضاض. وقال بعض المتأخرين: إنَّما ينقصها الافتضاض إذا كانت علية، وأمَّا إن كانت من الوخش، فإنَّ الافتضاض لا ينقصها. وهذا الذي قاله إن ثبت له من جهة العادة، فلا بدَّ من تقييد المسألة بما أشار إليه من كون الافتضاض يوجب التخيير في العليات دون الوخش. وأمَّا الافتضاض للوخش فكوطء الثيبات الذي لا يوجب التمكين من أخذ قيمة العيب. ولهذا قال **الشافعي** من كون وطء الثيِّب ليس بفوت ولا يوجب أخذ قيمة العيب. لكن لو كان ذلك في الأبكار فكان ذلك عيباً فيهن لكان الحكم ما قدَّمناه عنه في حكم حدوث عيب عند المشتري وقد اطَّلع على عيب.

وذكر **ابن حبيب** عن **ابن نافع وابن وهب وأصبغ** أنَّهم يرون الوطء فوتاً يوجب أخذ قيمة العيب.

ولهذا قال **أبو حنيفة** ويذكر ذلك عن **علي بن أبي طالب**، رضي الله عنه، ذكره **ابن حبيب** وذكره بعض البغداديين من أصحابنا، ومن أصحاب **الشافعي** عن **علي** رضي الله عنه. وبه قال **الليث وابن شهاب**. وذهب **عمر بن الخطَّاب** رضي

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب ولا يُمَكَّن.

الله عنه، إلى أنَّه ليس بفوت، كما ذهبنا إليه في الثياب[1] وفصَّلنا القول فيه في الأبكار، ولكنَّه يوجب، مع تمكين الواطىء من الرد، غرامة/ صداق مثل الأمة. وبه قال **ابن أبي ليلى**.

وذكر **سحنون** رضي الله عنه عن بعض من ذهب إلى أنَّه ليس/ بفوت أنَّه يرد في الثيب نصف عشر قيمتها، وفي البكر عشر قيمتها. هذا جملة الخلاف في هذه المسألة. وأمَّا الذاهبون إلى أنَّ ذلك فوت يمنع من الرد، فإنَّهم قد يذهبون لذلك أخذا بحماية الذريعة لمَّا كانت الفروج لا يحلُّ استباحتها إلاَّ بنكاح أو ملك يمين. وملك اليمين ها هنا قد بطل لأجل الرد بالعيب، وانحلَّ البيع من أصله، فحصل[2] الوطء كأنَّه في غير ملك ولا نكاح ها هنا. فوجب أن يتلافى هذا بإيجاب الصداق حتَّى يقدَّر بأنَّه وطىء بحكم استباحة النكاح.

واستبعد آخرون هذا التعليل لمَّا كان العيب من سبب البائع ولم يكن للمشتري فيه مدخل، والوطء حصل من المشتري بحكم الملك، لو شاء لأبقاه في يده على التأبيد، فلا يلزمه عوض عنه، وإنَّما يقدر سقوط ملكه الآن لمَّا اختار ردَّه، لا سيَّما إذا قلنا: إنَّ الردَّ بالعيب كابتداء بيع. ولا معنى لحماية الذريعة لأجل أنَّ الذريعة إنَّما تجب في أمر دخل المتعاقدان فيه مدخلاً واحداً، فيُتصوَّر إتِّهامُهما على التحيل على ما لا يحل، وعارية الفروج وإباحة الوطء. بغير عوض دخل فيه مالك الأمة وواطئها. وها هنا لم يدخل الواطىء على هذا، فيبعد أن يظنَّ به أنَّه واطأ مالك الأمَة على أن يزن له الثمن ثمَّ يرد بالعيب عليه ويظهر أنَّه لم يعلم به.

وقد كان بعض أشياخي يعلل في هذا أن الوطء إذا حصل على وجه يمنع من إباحة وطء الأمة لمن يملكها، أو يمنعه من التصرف فيها بحكم الملك التصرف المطلق، أنَّه يوجب على الواطىء إغرام القيمة، على ما سنبيَّنه في

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: الثيبات.
(2) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: فحصول.

وطء أحد الشريكين أمة مشتركة بين الواطىء أو بين رجل آخر.

وقد احتجَّ بعض من ذهب إلى أنَّ الوطء ليس بفوت بأنَّ الأمَّة لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج، فإنَّ وطأه لا يكون فوتاً. وهذا قد يجاب عنه بأنَّ استحقاق هذا الوطء كان عن عوض، وهذا أمر لم يُستحق بمجرد عقد شراء الأمة، فكان هذا بخلاف وطء مشتريها له الذي لم يُستبح إلاَّ بالعقد الذي قد فُسخ ورُدَّ بالعيب.

وقد أشار بعض أصحاب **الشافعي** إلى ضعف هذا الفرق، ورأى أنَّ ما يحدث عند المشتري من نقص بحكمه، وإن اقتضاه العقد. ومثَّل هذا بمن اشترى عبداً سارقاً توجَّه عليه قطع يده في السرقة، ولكنَّه لم يقطع حتَّى اشتراه، فإنَّه إذا قطع عند المشتري، كان ذلك نقصاً مانعاً من ردِّه، وإن قدَّر أنَّ البائع كأنَّه باع العبد واستثنى هذه اليد كما يقدَّر في مشتري أمة ذات زوج أنَّ وطء الزوج كالمستثنى حين العقد.

وهذا الذي قاله في قطع/ هذا العبد السارق قد لا يسلمه أصحابنا، ويرون أنَّ للمشتري ردَّه بالعيب من غير غرامة لأرش اليد، لأنَّ المشتري لم يدفع عنها عوضاً، فيكون له الطلب بقيمة هذا الجزء الذي قطع. وكذلك لا يكون للبائع المطالبة بأرش هذا الجزء الذي قطع عند المشتري، لأنه لم يملكه المشتري ولا عاوضه عليه، ويطالب[1] به المشتري إذا ردَّ.

وقد اختلف الأشياخ المتأخرون من أصحابنا فيمن اشترى عبداً به ورم، لم يعلم به، فزاد الورم عند المشتري، ثمَّ اطلع عليه، هل على المشتري إذا ردَّ بالعيب أن يغرم قيمة ما زاد في هذا الورم أم لا؟

قال الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان** لا غرامة عليه. لأنَّه إنَّما ردَّ هذا المبيع لأجل العيب الذي نقصه/ بهذا الورم، فإذا كان الورم هو سبب الرد، ولأجله مُكِّنَ المشتري من حل العقد، فلا يطالب بغرامة هذه الزيادة. فإن كان البائع لم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: فيطالب.

يدلس بهذا الورم لأجل أنَّه لمَّا كان أصل الورم عنده قُدر كان نماءه عند المشتري كان عنده.

وخالفه غيره من الأشياخ في هذا، ورأى أنَّ المشتري مطالب بغرامة هذه الزيادة لما حدث عنده، والبائع لم يدلس بها، لأنَّه إذا دلَّس بها لم يطالب بعهدة هذا الورم، ولا بما كان عنه، كما لا يطالب بموت العبد من عيب دلَّس به، وإذا لم يدلس فإنَّ المشتري ضامن لجميع الأجزاء التي دفع إليه. فما ذهب منها طالب به كما يطالب بالجملة. وزيادة الورم تقدَّر كأجزاء ذهبت من العبد لفساد الجسم بهذا الورم.

فأنت ترى ما قاله الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان** من أنَّ المشتري لا يغرم هذه الزيادة، وإن لم تشترط عليه ولا علم بها هو ولا البائع منه، فكيف بهذا العبد المشترط أنَّه سارق قد حكم بقطع يده، فقد صار الدخول بهذا الشرط يدفع الطلب بهذا النقص بخلاف الورم الذي لم يعلم به البائع ولا المشتري.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال: اختلف المذهب فيمن اشترى عبداً فرهنه أو أجَّره، ثمَّ اطَّلع على عيب كان عند البائع.

فذهب **ابن القاسم** إلى أنَّ الردَّ بالعيب لمَّا امتنع لأجل حق المرتهن والمتسأجر بهذا العبد بقي حكم الرد للعبد الذي استحقَّه المشتري على الوقف. فمتى رجع إلى يده، ردَّه إلى من باعه منه.

وذهب **أشهب** إلى أنَّه إذا لم يخلصه من الرهن معجلاً ولا من الإجارة، فإنَّه يحكم له بقيمة العيب. واختار **ابن حبيب** مذهب **أشهب** إذا بَعُد أمد تخليصه من الإجارة أو من الرهن. ومذهبَ **ابن القاسم** إذ قرب زمن تخلصه كالشهر ونحوه.

فكأنَّ **ابن القاسم** رأى أنَّ الحكم الرد بهذا العيب. فإذا لم يمكنه ذلك لما تعلَّق به من حق/ بقي الأمر موقوفاً، فإذا أمكنه الرد، حكم له بما تقرَّر من حقِّه في ذلك، لأنَّ المنع من الرد إنَّما كان لعلَّة، فإذا زالت زال حكمها، كما لو باعه

المشتري، فإنَّه عند **ابن القاسم** لا مقال له، فمتى ردَّ عليه، كان له رده على البائع، على حسب ما قدَّمناه فيما سلف، لا سيَّما والعبد المبيع خرج من ملكه ثمَّ عاد إليه، وهذا لم يخرج من ملكه بالإجارة والرهن، ولكنَّه حال بينه وبين الرد مانع، فأشبه اطلاعه على عيب في سلعة اشتراها وقد غابت عن يده، فلم يمكنه الرد الآن.

وكأنَّ أشهب قدَّر أنَّه لمَّا منع من التصرُّف في العبد الآن، صار ذلك كموت العبد في يده، أو خروجه عن يده بصدقة أو هبة أو كالكتابة التي توجب له أخذ قيمة العيب لمَّا منع من التصرُّف في العبد، وإن كان ممكناً رجوعه إلى يده، لعجز العبد عن أداء الكتابة. وترجَّح **ابن حبيب** في هذا ورأى أنَّ أمد التخلص لهذا العبد إذا طال صار ما عقد فيه كعقد الهبة والصدقة، وإذا قصر صار كأنَّه يمكن رده الآن.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى أنَّ تكليف مشتري العبد النظر في[1] فكأنَّه قبل حلول أجل الدين يوجب له أخذ قيمة العيب، لأجل ما يتوجَّب عليه من غرامة دين لم يحلَّ عليه، فصار ذلك عذراً له في تمكينه من طلب قيمة العيب، كما يمكن من ذلك إذا حدث عنده نقص لا يمكن به الرد إلاَّ مع غرامة قيمة النقص.

والجواب عن السؤال الثاني عشر أن يقال: أمَّا التبعيض للعقد من ناحية/ تعدّد من باع واشترى، فإنَّه:

إنَّ تعدَّد من ناحية من باع، مثل أن يبيع رجلان عبداً لرجل واحد هو شركة بينهما، فإنَّ المشتري إذا اطَّلع على عيب فأراد أن يردَّ على أحدهما النصف الذي باعه منه ويمسك نصيب الآخر، فإنَّ ذلك له، وتقدَّر الصفقة الواحدة ها هنا كصفقتين.

وأمَّا إن كان التعدد من ناحية المشتري، مثل أن يشتري رجلان عبداً من

---

(1) هكذا في النسختين، والكلام غير واضح، والظاهر أنَّ في النص نقصاً.

وأجيب عن هذا أيضاً بأنَّ هذا البائع لو باع منهما عبدين صفقة، فكأنَّه إنَّما باع من كلٍّ واحد نصف عبد من كلِّ واحد من العبدين، فليس لأحد المشتريين أن يتحكَّم على البائع ويجمع هذين النصفين في عبد واحد. وقد كنَّا قدَّمنا الكلام على مسألة من اشترى عبداً فباع نصفه ثمَّ اطَّلع على عيب، وذكرنا أنَّ **ابن القاسم** قال هناك: إنَّ البائع يبدَّأ بالتخيير بأن يغرم نصف قيمة العيب في النصف الباقي في يد المشتري لما يلحقه من الضرر في التبعيض عليه.

وقد يقال ها هنا أيضاً: إنَّ من حق البائع أن يغرم لأحد الشريكين قيمة ما يخص به من العيب لأجل ما يلحقه من ضرر التبعيض.

وقد احتجَّ من نصر إحدى الروايتين من تمكين أحد المشتريين، بأنَّ البائع لمَّا عقد من رجلين، وقد علم أنَّه يختلف اختيارهما، صار كالراضي بعيب التبعيض.

وقد يقال ها هنا: إنَّ البائع لمَّا جوَّز/ أيضاً أن يبيع المشتري منه نصف العبد الذي اشتراه، لم يطلع على ما يوجب له الرد فدخل على التبعيض. لكن قد يقال: هذا التجويز والإمكان من مقتضى العقد في أصله، والمشتريان عبداً من رجل واحد قد تضمَّن أصل العقد تمكين كل واحد منهما من اختياره لعلم البائع بتعددهما، فهذا ممَّا ينظر فيه.

وأمَّا إن كان التبعيض من ناحية المبيع مثل أن يوجد العيب في بعض ما بيع دون بعض، فإنَّه لا يخلو أن يكون ذلك في أحد مبيعين بيعا أو في واحد من أعداد بيعت. ثمَّ لا يخلو هذان القسمان/ من أن يكون جنس المبيع ممَّا لا يكال ولا يوزن، أو ممَّا يكال ويوزن، وهو طعام أو غير ظعام.

فأمَّا إن كان البيع اثنين، مثل أن يبيع عبدين، وجد العيب بأحدهما دون الآخر، فإنَّه إن كانا متكافئين ينوب كل واحد منهما نصف الثمن، فإنَّه لا يمكن المشتري إلاَّ من رد المعيب خاصَّة، ويلزمه العقد في العبد السالم لأنَّ العقد

صحيح لازم. والموجب لرد[1] العيب، والعيب مختص بأحدهما، فيجب أن يختص الرد به.

وكذلك إن تفاوتت قيمة العبدين فكان العيب موجوداً بأدناهما، فإنَّه لا يمكن المشتري من ردِّ الآخر الذي هو سالم من العيب بما ذكرناه من التَّعليل.

وإن كان العيب موجوداً بالأعلى منهما، فإنَّ للمشتري أن يردَّ السالم الذي هو أدناهما لما يلحقه من الضرر باقتصاره في العقد على الأدنى، وانفساخ العقد في الأعلى الذي هو وجه صفقته والغرض المقصود منهما.

وإن كان المبيع أعداداً مثل أن يبيع عشر ثياب فيجد العيب في أقلها، فإنَّه لا يمكن من رد أكثرها. وإن وجد العيب في أكثرها، فإنَّه يمكن من ردِّ أقلها.

وذكر **أشهب** في **المدونة** فيمن اشترى عشر شياه، فوجد تسعة منها غير ذكيَّة، أو عشر قلال خلا فوجد تسعة منها خمراً، أنَّه يلزمه العاشر الذي يصح عقد البيع فيه.

وهذا قد يسبق إلى النفس منه أنَّه يرى أنَّ من اشترى عبدين فوجد العيب بأعلاهما، أنه يلزمه الأدنى الذي هو الأقل في الصفقة، كما لزمه ها هنا العاشر من القلال أو الشياه.

لكن بعض المتأخِّرين أشار إلى منع هذا التخريج، وقصر الخلاف بينه وبين **ابن القاسم** على أنَّ ذلك ممَّا ينقسم، والعشرة المذكورة أعداد يصح انقسامها، فلهذا قال فيها **أشهب** ما ذكرناه عنه، والعبدان اللذان تختلف قيمتهما لا يصح انقسامهما، فلهذا لم يُلزم الأدنى منهما إذا وجد به عيب أو استحق.

وأشار غيره من أشياخنا إلى هذه الطريقة أيضاً في ارتفاع الخلاف بين **أشهب** وبين **ابن القاسم** في هذا بأنَّ العبدين يقصد في عقد الشراء كون الأدنى منهما تبعاً للأعلى. فإذا بطل المقصود بطل العقد. والذي ذكره في الشياه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للرد.

والقلال محمله على أنَّ القلال والشياه متساوية أو متقاربة، ففقد أكثرها لا يبطل غرض المشتري في بقيَّتها. هذا هو الحكم من ناحية المشتري وما يتعلَّق له بالعقد من حق. ويستوي في هذا الحكم جميع أجناس المبيع الذي قدَّمنا تفصيلها. وإن اختلف في تحديد الأقل والأكثر فيها.

وأما النظر في هذا العقد من ناحية البائع، فإنَّه إذا لم يتوجَّه للمشتري الرد بجميع ماوقع علي العقد، لكون المعيب قليلاً، فإنَّه إن وافقه البائع على هذا[1] الذي هو الحكم من جهة المشتري لم يتغيَّر ما قدَّمناه من الجواب. وإن خالفه، وقال: إذا قصرت على الإستمساك بالأدنى أضرَّ ذلك بي، لكون السالم من/ الصفقة يحمل المعيب. فإنَّه إن كان المعيب طعاماً مكيلاً أو موزوناً،/ فإنَّ من حق البائع أن يمنع المشتري من التبعيض، ويطالبه بأن يمسك الجميع، السالم والمعيب، أو يردَّ الجميع. وكذلك إن كان المبيع ممَّا يكال ويوزن ولكنَّه ليس بطعام كالحرير والكتان، فإنَّ الحكم فيه كالحكم في الطعام في كون البائع من حقِّه أن يمنع من التبعيض. وإنَّما يختلف المكيل والموزون إذا كانا طعاماً أو حريراً أو كتاناً في تحديد الأقل، فإنَّ الطعام الثلث فيه كثير في الإستحقاق ومن اشترى مائة قفير قمحاً فاستحق ثلثها، فإنَّ له عند **ابن القاسم** ردَّ بقيتها، بخلاف من اشترى مائة ثوب فاستحقَّ ثلثها أو نصفها، فإنَّ ما لم يستحق منها لازم للمشتري. والعلَّة عنده في ذلك أنَّ الطعام يرغب في شرائه جملة، في مقتضى العادة، فكان ذهاب الثلث منه في حكم الكثير المُذهب لقصد المشتري. ولو كان الذاهب منه يسيراً كالخمس، فإنَّه لا مقال له لقلَّة الضرر بالتبعيض بهذا المقدار.

وذهب **أشهب** إلى المساواة بين الطعام وغيره ورآه كالعروض في تحديد الأقل والأكثر، وإنَّ استحقاق النصف منه لا يوجب للمشتري ردَّ الباقي الذي لم يستحق. ولو كان المبيع حريراً أو كتاناً وشبه ذلك مما يكال ويوزن، فإنَّه

(1) بياض بمقدار كلمة، ولعللها: الأستمساك.

يعتبر الأقل فيه والأكثر بحسب ما يعتبر في العروض في حكم الاستحقاق.

وكأنَّ العلَّة التي ذكرناها في الرغبة في شراء الجملة مختصَّة بالطعام دون العروض التي تكال أو توزن.

ولو كان العيب الموجود في الطعام يختص بقدر لا مقال له فيه، فإنَّ الشيخ **أبا محمد ابن أبي زيد** منع ها هنا أن يكون للبائع مقالاً في التبعيض، ورأى أنَّ من حق المشتري أن يرد هذا المعيب خاصَّة لقلَّة ثمنه، فيخفَّ الضرر ها هنا بالبائع من ناحية التبعيض، بخلاف ماله قدر وبال. وقد قدَّر بعض الأشياخ هذا الذي أشار إليه **ابن أبي زيد** بعشرة أرادب من مائة أردب.

ولو كان الطعام لم يبع على الكيل والوزن وبيع صبراً، وهو جنس واحد، لجرى مجرى الطعام المكيل والموزون فيما ذكرناه من أحكام العيب الموجود ببعض الصبر، وأحكام تحديد القلَّة والكثرة.

وقد جعل **ابن المواز** الطعام الجزاف، بخلاف ما قلناه في المكيل، في أنَّ استحقاق النصف منه لا يوجب للمشتري مقالاً في الباقي. قاله في مسألة من باع صبرتين أو حملين واستحقَّ أحدهما. والقياس ألاَّ فرق بين مكيل الطعام وجزافه إذا كانت الرغبة في شراء جملته أشد. فلو كانت مختلفة كشعير وقمح، لجرت مجرى العروض، لكون كل صبرة الغرض منها غير الغرض من الأخرى.

وأمَّا إذا كان المبيع عروضاً مثل أن يبيع عبدين فيوجد العيب بأدناهما فيريد المشتري ردَّه خاصَّة ويمنعه من ذلك البائع ويعتل بأنَّ المعيب والسالم يحمل بعضهما بعضاً، فإنَّه لا مقال للبائع في ذلك، بخلاف ما ذكرناه في الطعام.

ورأى بعض أشياخنا أنَّه لا فرق بين العروض في هذا والطعام. وذكر أنَّ الدّاودي/ ذكر أنَّ العيب إذا وجد ببعض الصفقة، فإنَّ للبائع أن يمنع من التبعيض، كان العيب في أكثرها أو أقلِّها. وتعلَّق أيضاً بما وقع في **المدوَّنة** من أنَّ المشتري إذا وجد في صفقته ما يضر به في أكثر عدده ووزنه وكيله فأراد أن يمسك السالم بحصَّته من الثمن، فليس له ذلك. وقدَّر أنَّ للبائع فيه مقالاً في أن

يحمل السالمُ/ المعيب كون السالم هو الأقل، فأحرى أن يكون للبائع مقالاً في أن يحمل الأكثر هو السالم عيب أقل الصفقة إذا كان هو المعيب. ويتعلَّق بذكر الموزون والمكيل مطلقاً من غير تخصيص بأن يكون طعاماً. وقد قدَّمنا عن غيره أنَّ الموزون والمكيل يحمل بعضها بعضاً في العيب، بخلاف العروض.

وإذا توجَّه للمشتري ردَّ الأقل لبطلان أكثر الصفقة، فإن أراد الإمساك ورضي ببطلان غرضه في الاستحقاق، فإنَّه يمكن من ذلك إذا كان الذي يتمسَّك به معلوماً مقداره من الثمن بأن يكون المبيع وقع على كيل أو وزن، فإنَّه يعلم إذا استحقَّ من ذلك أكثر أجزائه ما يختص بالجزء الذي يستحق. فأمَّا إن كان ممَّا لا يعلم مقداره، كاستحقاق أعلى عبدين فيها، فإنَّه يمنع من الإستمساك بالعبد الأدنى الذي لم يستحق عند **ابن القاسم**، لأنَّه لمَّا ملك ردَّه صار استمساكه به كابتداء اشترائه بثمن مجهول، لأنَّه لا يستمسك به على[1] أنَّ ثمنه مقدار ما يختص به من ثمن جميع الصفقة وذلك مجهول.

وأجاز ذلك **ابن حبيب** وقدَّر أنَّه لمَّا لم يختر المشتري ردَّ ما بقي في يديه، فإنَّ استمساكه به بحكم العقد الأوَّل الذي كان ثمن العبدين جميعاً فيه معلوماً، ولم تضر الجهالة في أصل العقد بما ينوب كلَّ واحد من العبدين لمَّا كانا لمالك واحد، فكذلك لا تضر هذه الجهالة الواقعة بعد صحَّة العقد، لأنَّ العقد لم ينحلَّ بالرد. ألا ترى أنَّ هذا العبد الذي لم يستحق لو مات في يد مشتريه، كان ضمانه منه لكون البيع فيه منعقداً حتَّى يردَّه المشتري.

وقد يجري هذا الخلاف على الاختلاف الذي ذكرناه في جمع سلعتين لرجلين. وقد ذكرنا سبب الخلاف في موضعه.

وقد قيل إنَّ مقتضى ما يشير إليه **أشهب** ما ذهب إليه **ابن حبيب** ها هنا. لكون **أشهب** أجاز في مسألة **المدونة** فيمن اشترى طوقاً ذهباً فأصاب به عيباً أن يصالح عن العيب على دراهم مؤخَّرة. وقدَّر أنَّ الطوق لمَّا لم يُردَّ بالعيب، صار

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: إلاَّ على.

الذكيَّة منهما. فإذا كانتا كذلك، فالبيع عقد على شخصيهما على ما هما عليه دون وزنهما مع كونهما يختلفان غالباً في اختلاف الأجرام والسمن اختلافاً يوجب التقسيط للثمن والتقويم لهما. وقد حاول **ابن القصَّار** أن يخرج من هذه المسألة قولاً آخر في المذهب في صفقة جمعت حلالاً وحراماً. أنَّ البيع يصح في حلالها دون حرامها. ويقدِّر العقد ها هنا كعقدين منفردين. وكان مقتضى المعروف من المذهب ها هنا ألاَّ يمكن هذا من الإستمساك بالشاة الذكيَّة، لكونها وإن كانت حلالاً، يجوز بيعها على انفرادها، فإنَّ مضامتها في البيع إلى شاة غير ذكيَّة يوجب فساد العقد كله في الذَّكيَّة وغير الذكيَّة. كما قال في **المدوَّنة** في كتاب النكاح فيمن عقد على أم وابنتها، وللأم زوج لم يعلم به العاقد، فإنَّ النكاح يفسخ في المرأتين جميعاً، وإن كانت البنت يجوز العقد عليها منفردة في مستقبل الأمر، لا سيَّما مع كون العقد على[1] يؤثر في البنت لكون الأم ذات زوج، وذات الزوج العقد عليها كالعدم. خلافاً لما أشار إليه بعض الأشياخ من التفرقة بين المسألتين لكون العقد على البنْت يؤثر/ في العقد على الأم ويقدح فيه لتعلق تحريم بعضها بنكاح بعض على الصفة المذكورة في كتاب النكاح. ولا تعلق لتحريم الشاة الغير الذكيَّة بالشاة الذكيَّة، ولا يسري تحريم إحداهما أو إباحته إلى الأخرى.

ومن الأشياخ من يشير إلى أنَّ فسخ جميع العقد إنَّما يجب إذا أجمل بثمن واحد. وأمَّا إذا سمي للحلال ثمنه وللحرام ثمنه، صارا كالعقدين.

وقد كنَّا قدَّمنا الكلام على هذه المسألة مبسوطاً ومذاهب فقهاء الأمصار فيها.

ومنهم من يشير إلى أن مسألة كتاب النكاح قد تحمل على أنَّه قد جهل الفساد أحد المتعاقدين، وعلم إحداهما بالتحريم فيه[2] اختلاف، هل يوجب الفسخ أم لا؟ وكذلك يجري الأمر في مسألة الشاتين إذا علم أحد المتعاقدين

---

(1) هكذا في النسختين، ويظهر أنَّ هناك سقطاً، ولعلَّ الصواب، على الأم لا يؤثر.

(2) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب، وعلم أحدهما بالتحريم، وفيه . . .

بالتحريم. وقال **سحنون** في مسألة الشاتين: إنَّ البيع فاسد. وكذلك لو عقد على قلَّتين يعتقد أنَّهما خلٌّ فظهر أنَّ إحداهما خمر. وهكذا يذهب فيمن (يزوج امرأة شخص اعتقد أنَّه عبد، فإذا به حر، النكاح عنده يفسخ).[1] ولم يعذر في هذه العقود بالجهالة بالتحريم، ورأى أنَّ الحر والميتة والخمر ممَّا يحرم العقد عليه شرعاً، فلا تأثير لجهل العاقد أو علمه في هذا إلاَّ من ناحية رفع الإثم عن الجاهل.

وقدَّر **ابن القاسم** أنَّ الجهل في هذا يعذر به في تصحيح العقد على ما يحل. وأنَّ الذي وجب فسخه يقدَّر كالاستحقاق لمَّا ارتفع الإثم ها هنا عن الجاهل بتحريم بعض المعقود عليه. والاستحقاق لبعض المبيع لا يحرم الاستمساك بما لم يستحق. وكذلك ما فسخه الشرع ها هنا من المحرَّم يقدَّر كأنَّه استحقَّ بالشرع. وتصوَّرنا في هذه/ المسألة أنَّ الشاة الذكيَّة علمت على الجملة دون التعيين، يوجب فسخ بيع الجميع لكون الحلال لم يتميَّز من الحرام. فلو أمضينا البيع في إحداهما، لأمكن أن يصادف هذا الإمضاء الشاة الغير ذكيَّة. ولو أكل المشتري إحداهما، والأمر كذلك، لم يلزمه إلاَّ ربع ثمنها، لكون الباقية منهما يجب فسخ البيع فيها فثمنها يسقط، والأخرى المأكولة يمكن أن تكون هي الذكيَّة، فيجب غرامة جميع ثمنها، ويمكن أن تكون ليست هي الذكيَّة، ويسقط جميع ثمنها، فكان الواجب لاستواء جانب البائع والمشتري أن يقتسما هذا الثمن نصفين، كما يقسمان ما لا يدعيانه ولا يد لأحدهما عليه. وهذا وإن كانت يده على هذه المأكولة، فإنَّه قد علم أنَّ يده عليها إنَّما كانت من يد البائع أخذها منه بثمن. ولو وقع البيع في قلال يعتقد أنَّها خل، فوجد بعضها خمراً فشغل المشتري عن التحاكم فيها إلى أن تخلَّلت وثبت ذلك بالبيِّنة. فإنَّ **الأبياني** قال: ثمن هذه التي تخلَّلت يسقط عن المشتري. ولكنَّ الشيخ **أبا محمَّد ابن أبي زيد** استدرك هذا الكلام عليه، وتأوَّل أنَّه إنَّما يصح على أنَّ هذه القلال التي

---

(1) ما بين قوسين كلام غير واضح.

تخلَّلت، تردّ/ على بائعها. وإذا ردَّت عليه وجب سقوط ثمنها عن المشتري.

وهذا الذي استدركه عليه **ابن أبي زيد** يمكن أن يكون **الأبياني** لم يُورده، لكون هذه القلال التي كانت خمراً عند العقد لا ملك للبائع عليها، ولا يستحق فيها على هذا المشتري لو أتلفها، ولا يصح حيازته لها. فإذا ارتفع ملكه عنها حين العقد وحيازتها، لم يبقَ إلاَّ أنَّ الله سبحانه خلَّلها وهي في يد مشتريها فصارت حلالاً. فكأنَّ الله سبحانه وهبه رزقاً من عنده، كطائر يسقط بداره، أو ماء أنبعه في أرضه، أو سقط طائر في أرض مباحة فسبق هذا إلى اصطياده وأخذه.

وهذا عندي ممَّا ينظر فيه. ولعلَّنا أن نبسط القول في صحَّة الحيازة للخمر في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو قدَّرنا أنَّ الحيازة تصح للبائع، لأمكن أيضاً أن يقال: إذا تخلَّلت عند المشتري ولم يُقض بها له ووجب ردها على البائع، فهلاَّ كان من حق البائع أن يلزم المشتري ثمنها، ويكون ذلك كعيب ذهب عن المبيع قبل رده بالعيب. فإن قيل: فإنَّ المبيع المعيب إذا ذهب عيبه قبل الرد فإنَّه حلال قبل العقد وفي حين العقد وبعد العقد. وهذا في حين العقد هو في نفسه حرام، فلا يصح إمضاؤه ويقدر أنَّ ذلك كعيب ذهب.

قيل: قد قدَّمنا أنَّ مذهب **ابن القاسم** أنَّ الجهل بهذا المحرَّم عذر في كونه لا يفسد الحلال الذي ضامَّه، وأنَّه يجري مجرى الإستحقاق ببعض المبيع. فكذلك يجب أن يقدَّر أيضاً أنَّه كمباح بيع وهو معيب فذهب عيبه قبل الرد.

لكن قد يقال أيضاً ها هنا: إنَّ المتعاقدين لو علما بالتحريم، لصحَّ العقد فيما هو حلال على أحد المذاهب. فإذا جهلا ذلك، كان أحرى في تصحيحه. وها هنا إنَّما تقدَّم الإمضاء فيما هو محرَّم لنفسه لا لأجل غيره. فكان أشد في منع إمضاء العقد فيه. وكأنَّ هذه التفرقة تمنع من تشبيهه بعيب ذهب.

ولو كان المبيع قد فات بعضه واستحقَّ ما بقي منه أو ردَّ بعيب، فإن

الفائت إن كان هو الأقل، فإن ردَّه لأجل بطلان الصفقة لا سبيل إليه لفوته، لكونه لمَّا علم أنَّه لو كان قائماً، كان للمشتري نقض البيع فيه، على حسب ما تقدَّم، فإنَّ المشهور من المذهب أنَّه يمضي البيع فيه بحصَّته من الثمن، فإذا كان/ البيع عقد على عبدين أحدهما تبع للآخر وفات الذي هو التبع، نظر إلى قيمته من قيمة صاحبه الذي ردَّ بالعيب أو استحقَّ. فإن كان في حكم التقويم ربع الصفقة، مضى فيه بربع الثمن وردَّ البائع من الثمن الذي قبض ثلاثة أرباعه، وهو ما قابل المردود بالعيب أو المستحق. وكأنَّ هذا قدَّر أنَّه لمَّا استحال ردُّ عينه لفوته، امتنع أيضاً لاستحالة رده نقض البيع فيه، لأنَّ البيع إنَّما انتقض فيه إذا كان قائماً لكون المشتري بطل غرضه. وقد يكره بقاءه منفرداً في ملكه/ ويتعذَّر بيعه عليه. وإذا فاتت عينه وجبت المحاسبة في الثمن إذا كان عيناً دنانير أو دراهم. وإذا وجبت المحاسبة فلا معنى لرد قيمته عوضاً عن عينه، لأنَّ العين إذا كانت باقية، ردَّت لأجل ما قلناه من فقد غرض المشتري. وهذا الغرض الذي اعتبرناه قد بطل لما فات واستحال رده. وقيل: بل يرد قيمته، بالغةً ما بلغت، لكون القيمة عوض العين. وهكذا قال **ابن المواز**، فيمن باع شاة عليها صوف فجزَّه وأتلفه، إنَّ الشاة إذا ردَّها بعيب ردَّ مثل الصوف أو قيمته ما بلغت، وكأنَّ من ذهب إلى هذا رأى أنَّ الذهاب إلى إمضاء البيع فيه، مع إمكان وجوده[1] المغابنة فيه حين العقد، إلزام المغابنة للمغبون، مع بطلان غرضه في الصفقة. وهو يحتج بأنَّ المغابنة إنَّما سهلت عليه لأجل ما حصل له من جملة الصفقة. فإذا بطل غرضه لم يلزم المغابنة، فإنَّا لو قدَّرنا أنَّ الثَّمن مائة دينار والقيمة حين العقد ثمانون ديناراً، وألزمنا المشتري إمضاء البيع عليه في العبد الأدنى الذي فات، أسقطنا رجوعه بخمسة وعشرين ديناراً إذا ألزمناها له، وهو إنَّما التزمها لحصول غرضه في الجملة، كنَّا أضررنا به، فكان الأولى أن يردَّ قيمة الفائت عوضاً من رد عينه.

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: وجود.

وهذه الرواية الثانية هكذا ينقلها الأشياخ أنَّ قيمة الفائت ترد قيمة مطلقة. وبعض أشياخي يقيدها بأنَّه إنَّما يرد القيمة إذا كانت أقل من الثمن. فأما إن كانت قيمة هذا الأدنى أكثر ممَّا ينوبه من الثمن المسمَّى لم يلزمه إلاَّ ما ينوبه من الثمن المسمَّى. فاعتبر في عوض هذا الفائت الأقل ممَّا ينوبه من المسمَّى أو قيمته.

وعندي أنَّه إنَّما سلك هذه الطريقة لكون الرد من حق المشتري لبطلان جلِّ صفقته لاحقاً عليه. فإذا كان الثمن أقل من القيمة، كان من حقِّه أن يتمسَّك به، ولا ينقض البيع فيه إذا كان الثمن الذي تمسَّك به معلوماً عند **ابن القاسم**. وعند **ابن حبيب** له إمساكه ولو كان الثمن مجهولاً. وها هنا لمَّا وجبت المحاسبة والتقويم، ردَّ البيع فيه أو أمضاه، لم يمنع من التزام المبيع فيه.

وإذا تقرَّر هذا فإنَّ **ابن المواز** رأى أنَّ فوته إنَّما يحصل بعيب مفسد أو ذهاب عيب.[1] وأمَّا حوالة السوق فيه فلا تمنع من رده، لأنَّ الرد بالعيب لا تمنع منه حوالة الأسواق. فلمَّا ردَّ العبد الأعلى الذي هو وجه الصفقة بالعيب، صار عيبه كأنَّه موجود في العبد الأعلى لأجل عيب تبعيض الصفقة.

وبعض أشياخي يرى أنَّ ظاهر مذهب **ابن القاسم** فوته بحوالة السوق، لأنَّه لمَّا ردَّ مع كونه سالماً من العيب، صار ردُّه كاستحقاق ارتجاع عرض دفعه عوضاً عن عرض استحقَّ من يديه، فإنَّ حوالة السوق تفيته، على ما سنبيِّنه إن شاء الله تعالى. فإذا وجبت المحاسبة في الفائت على صفة ما/ ذكرناه فاختلف في صفته. فذكر البائع صفة إذا قوّمت، كان الفائت ثلث الصفقة، وذكر المشتري صفة/ إذا قوّمت كانت ربع الصفقة. فإنَّ البائع إن كان نُقد الثمن كله، فلم يختلف المذهب في أنَّ القول قوله في صفة الفائت. وإن كان لم ينقد فإنَّ **ابن القاسم** ذهب إلى أنَّ القول قول البائع أيضاً. وذهب **أشهب** إلى أن القول قول المشتري. والذي ذهب إليه **أشهب** هو الذي اختاره **ابن الموّاز**. والذي

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصوات: عين.

ذهب إليه **ابن القاسم** هو الذي اختاره الشيخ **أبو الحسن بن القابسي**. فأمَّا **ابن القاسم** فإنَّه يعتل بأنَّ المتبايعين قد اتفقا على عمارة ذمَّة المشتري بمال معلوم، والمشتري يدَّعي سقوط بعضه عنه فلا يصدق في ذلك، كما لا يصدق إذا أقرَّ بدين وادَّعى قضاء عنه فلا يصدق.

ويعتل **أشهب** بأنَّ العيب أو الاستحقاق لمَّا ثبت، تضمَّن سقوط بعض الثمن وبعضِ ما قابله في أصل البيع. وإذا ثبت انتقاص بعض الثمن أو اختلفا في مقدار ما انتقص منه، وكان البائع لم ينتقد، فإنَّ المشتري مصدق، لكون الأصل براءة ذمَّته، فقدَّر أنَّ ما انتقص ممَّا لم ينتقص هو المصدق فيه لكونه غارماً، والغارم هو المدَّعى عليه. فإذا كان البائع قد انتقد، صار مطلوباً برد بعض ما قبض بعد صحَّة حوزه له، فكان هو المصدَّق له لكونه هو المدَّعى عليه.

وقد كنَّا قدَّمنا اختلاف أهل المذهب في الرد بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله أو هو كابتداء بيع الآن؟ فإن قلنا: إنَّه نقض للبيع من أصله، حسنت هذه التفرقة التي فرَّق بها **أشهب** بين كون المقر بالدين المدعي لقضائه لا يصدق، لأنَّ القضاء ليس بنقض للبيع من أصله.

وسنتكلَّم في كتاب الوكالات على مسألة من باع حمل طعام فردَّ نصف حمل بعيب وقال: هو جميع ما اشتريت. وننبَّه على أنَّ من ادَّعى توزيع الثمن وتقسيطه وأنَّ بيع هذا الذي أحضره المشتري شيئاً آخر بيع معه، فهو المدَّعي أيضاً.

فإذا تقرَّر ما ذكرناه في أحكام الاستحقاق، فإنَّ المبيع لو كان عدداً كثيراً مثل أن يبيع عشرة أعبد فيستحق رجل جزءاً من جميعها كالثلثين أو الثلث، فإنَّها تقسم. فما أخرجه القسم للمستحق نظر فيما بقي في يد المشتري، هل هو أكثر الصفقة أو أقلَّها على ما تقدَّم بيان حكمه؟

ولو كان البيع في عروض بعروض مثل أن يبيع عبداً بثوبين أحدهما تبع

للآخر فاستحقَّ الثوب الأدنى، فإنَّه يجب ارتجاع ما قابله من العبد، فإن كان الثوب الأدنى هو ربع الصفقة، انتقض البيع في ربع العبد.

لكن اختلف المذهب في هذا الانتقاض، هل يرجع من استحقَّ الثوب من يده في عين العبد، فيكون شريكاً في ربعه أم لا؟ فقال أشهب: يرجع شريكاً بربع العبد. وروي عن **ابن القاسم** مثل هذا. ولكنَّه قال: إذا حكم بهذه الشركة، صار لمشتري العبد الخيار في ردِّه لأجل ما طرأ عليه فيه من شركة. والشركة عيب توجب تمكينه من رده.

ورأى بعض أشياخي أنَّ **أشهب**، وإن أطلق الجواب بالشركة، فإنَّ قصده بذلك ما أشار إليه **ابن القاسم** من كون المشتري العبد يثبت له الخيار لأجل عيب الشركة.

وبعض الأشياخ يشير إلى كون/ **أشهب** لا يثبت لمشتري العبد خياراً. وكأنَّه يقدر أن الإستحقاق أو العيب لمَّا جاء من قبله في أحد الثوبين، لم يكن له مقال فيما طرأ من عيب في العبد، كأنَّ ذلك من سميَّة[1]./ وإن كان المشتري المشير إلى هذا من الأشياخ، ضعف هذا الاعتلال.

ولو كان العبد قد فات، فإنَّ الرجوع إنَّما يكون في قيمته إذا حال سوقه أو فات بغير ذلك. وإذا عاد الرجوع في قيمته، صارت قيمته كثمن بيع به عروض. وقد قدَّمنا أنَّ الأدنى إذا فات اختلف فيه، هل يمضي بحصَّته من الثمن أو يرد قيمته عوضاً منه، وكذلك يجري الأمر ها هنا أيضاً، يختلف في هذا، هل يرد قيمة الثوب الفائت إذا استحقَّ الأعلى، أو يرد بعيب ويأخذ جميع قيمة عبده، أو يمضي الفائت بما ينوبه من قيمة العبد في أصل العقد، على حسب ما تقدَّم بيانه.

ولو كان العبد هو المستحق أو المردود بالعيب، فإنَّ الحكم فيه يجري على ما قدَّرناه من هذه الأصول فيرتجع ثوبيه إن كانا قائمين أو قيمتهما إن كانا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: سببه.

فائتين. وإن فات أحدهما فهو جار على ما قدَّمناه وبيَّناه. وذلك يغني عن إعادته ها هنا.

قال القاضي أبو محمد رضي الله عنه: قبل هذه الجملة التي نقلناها من كلامه:

إلاَّ أن يكون البائع دلس بالعيب، فيكون للمشتري رده من غير أن يؤخذ بما نقصه. إلاَّ أن يكون بتصرف[1] فيه قد أتلفه بوجه لا يتصرَّف الناس بمثله، فليس له إلاَّ الأرش. وكذلك إن تلف العبد من العيب الذي دلس به البائع، لم يضمنه المشتري ورجع بالثمن.

قال الإمام رحمه الله: يتعلَّق بهذا الفصل أربعة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ لم كان المدلس بالعيب يضمن المبيع إن هلك من العيب؟

2 ـ وما حكم (من عيب)[2] يحدث عند المشتري وقد دلس البائع؟

3 ـ وما حكم زيادة تحدث عند المشتري؟

4 ـ ومتى تعتبر القيمة في زيادة عند المشتري؟

فالجواب عن السؤال الأوَّل أن يقال: إذا باع عبداً، وقد أبق عنده، فكتم عن المشتري منه إباقه، فأبق هذا العبد عند المشتري فهلك هذا العبد بسبب الإباق، مثل أن يخشى من الطلب أو يدركه سيده فيتردى من جبل فيهلك، أو يكتمن في غار هلك فيه بسبب اكتمانه، فإنَّه يجب على بائعه رد جميع ثمنه، لأجل أنَّه لمَّا علم هذا العيب الذي هو مهلك للعبد فلم يبينه للمشتري حتَّى أهمله المشتري ولم يحرسه، فإنَّه غرَّه غروراً أتلف على المشتري به ماله. والغرور المتلف للمال يضمن به الغار، ولو كان قولاً مجرداً، فكيف بهذا وقد أخذ عوضاً عن مبيع صار في حيِّز ما لا ينتفع به، والمشتري إنَّما دفع الثمن على ما ينتفع به، فإذا كان لا ينتفع، ارتجع ثمنه. بخلاف من لم يعلم بالعيب حتَّى

---

(1) هكذا في النسختين، وفي غ والغاني: بتصرفه.

(2) هكذا في النسختين ، ولعلّ الصواب حسبما تدل عليه الإجابة: وما حكم نقص مفيت.

باع، فإنَّه لم يغر ولا صار كالقاصد لإتلاف مال المشتري، فلم يجب عليه سوى قيمة العيب.

وذكر **الطحاوي** أنَّ **الشافعي** يرى أنَّ البائع لا يضمنه وإن مات العبد من عيب دلس به. قال: لأنَّه لو أعتقه عن واجب ثمَّ مات لأجزأ عنه./ فأشار إلى أنَّ الإجزاء في العتق يدل على أنَّ المشتري قد استقرَّ ملكه عليه لمَّا كان له الرضى بالعيب والضمان من المالك.

والإنفصال عن هذا هو ما قدَّمناه من كون البائع قد غرَّه فأتلف ملكه وماله.

والذي ذكره **الطحاوي** في العيب يفتقر إلى تفصيله. لأنَّا لا نرى إجزاء عتق الرقبة المعيبة في الكفَّارة.

فإذا تقرَّر أنَّ تلف العبد إذا كان بسبب التدليس، فإنَّ البائع عليه رد الثمن. وإن مات فإنَّه إذا كان الموت ليس من سبب العيب الذي وقع به التّدليس/ ولا علاقة بينه وبينه، فإنَّ البائع لا يلزمه إلاَّ قيمة العيب الذي دلس به لأنَّه لم يتلف مال المشتري مباشرةً ولا بسبب فعله.

لكن اختلف المذهب في هذا العبد الآبق الذي باعه سيده فأبق عند المشتري فمات على صفة لا يعلم ارتباطها بالإباق وكون الإباق مسبباً فيها، مثل أن يعرض له سوء مزاج من قبل نفسه، ومن قبل ما ليس للإباق سبباً فيه، فإنَّ المشهور من المذهب كون البائع مطلوباً برد الثمن. وقال **ابن دينار**: لا مطالبة عليه بجميع الثمن لكون الإباق ليس هو السبب في قتله.

فكأن أهل المذهب المشهور رأوا أنَّه بنفس الإباق وجب على البائع رد الثمن على أنَّه مات في إباقة أو بقي على الحياة، لكون الإباق حال بين المشتري وبين جميع منافع العبد التي عليها عاوض بالثمن. وكان هذا المنع من جميع منافعه من جهة البائع وتغريره بالمشتري فوجب عليه رد الثمن. بخلاف هلاكه من عيب حدث به لا تعلق له بالإباق الذي حال بين المشتري وبين جميع المنافع التي عاوض عليها.

فكذلك لو كان عبداً سارقاً دلس فيه بعيب السرقة وكتم ذلك عن مشتريه، فإنَّه إن سرق عند المشتري من مال رجل أجنبي فقطعت يد العبد، فإنَّ المشتري يرد العبد ويرجع بجيع الثمن ولا غرامة عليه في اليد التي قطعت، لأنَّ قطعها إنَّما كان من جهة البائع الذي كتم عن المشتري سرقته ودلس عليه بها. وإن كانت سرقته دون النصاب أو من غير حرز حتَّى يسقط القطع فيها، فإنَّها تصير كجناية جناها عند المشتري بسبب تدليس سيده. فللمشتري نقض البيع وتعود المطالبة بين المسروق ماله وبين البائع المدلس.

ولو كان هذا العبد إنَّما سرق من مال مشتريه الذي اشتراه أو لم يعلم بكونه سارقاً، فإنَّ المذهب على قولين: هل تتوجَّه المطالبة بهذه السرقة أم لا؟ فذهب **ابن حبيب** إلى أنَّ المطالبة بهذه السرقة ساقطة، لكون هذا العبد إنَّما جنى على مال سيِّده الذي هو على ملكه فلا مطالبة عليه. ورأى **مالك وسحنون** أنَّ المطالبة تتوجَّه. واختلف في محلِّها من العبد. وسبب هذا الاختلاف في ثبوت المطالبة أو سقوطها، أنَّه قد علم أنَّ العبد إذا جنى على أجنبي فأتلف ماله من غير أن يكون صاحب المال أذن لهذا العبد في وضع يده على هذا المال، فإنَّ العبد مطلوب بهذه الجناية. وإذا جنى على مال سيِّده فالعبد غير مطلوب.

وها هنا وقع إشكال/ من ناحية أبينها لك. وذلك أنَّ المشتري قادر على رد هذا العبد إلى ملك سيده ونقض البيع فيه. وهو لو ردَّه، ثمَّ بعد رده أتلف مال هذا المشتري، فإنَّه مطلوب بغير خلاف. فمن قدَّر أنَّه ها هنا لمَّا كان مالكاً للرد، صار حكمه حكم من ردَّ، ألزم المطالبة بهذه الجناية. ومن رأى أنَّه لمَّا خيِّر بين أن يرد العبد أو يمسكه، صار قصارى ما فيه أنَّه ملك أن يملك الرد. ومن ملك أن يملك لا يعد مالكاً على أحد القولين، فسقط على هذا المطالبة، لكونه إنَّما جنى ماله على ماله، وهو قبل أن يرد باق على ملكه. وإن قلنا: إنَّه بقدرته على الرد، صار مالكاً للرد، وكأنَّه قد رد، لالتفت أيضاً إلى أصل آخر، وهو ما اشتهر من الخلاف في الرد بالعيب، هل هو كابتداء بيع فيكون هذا العبد

إنَّما/ أتلف مال سيِّده. لكن قد يلتفت مع هذا أيضاً إلى كون هذا التالف لسيِّده فيه مشاركة بالتدليس، فيضاف فعل العبد إليه. ولكن إنَّما يتعلَّق بالعبد الفاعل بأن يخرج من ملك سيِّده إن لم يفتده. فهذا وجه التحقيق عندي في هذه المسألة. وأمَّا سبب الخلاف فيها مع القول بتوجه المطالبة، هل تتعلَّق برقبة العبد أو بذمَّته فنبسط القول فيه في موضعه إن شاء الله تعالى، إذا تكلَّمنا على سبب الاختلاف إذا أودع وديعة فأكلها، أو التقط لقطة فأكلها، فإنَّه أذن له في وضع اليد على هذا المتناول، وكأنَّ هذا الإذن إذن في التصرف، فيكون ذلك جناية في رقبته. وقد علم أنَّ إتلافه من غير إذن أصلاً يكون في رقبته، وإتلافه مع الإذن في وضع اليد دون التصرف وقع فيه هذا الإشكال، هل هو كإذن في التصرف ووضع اليد، أو كعدم الإذن فيهما، فينظر ما يغلب في حكم هذين الموضعين على صاحبه.

ولو كانت السرقة لم يدلس بها، لم يكن للمشتري أن يرد هذا العبد إلاَّ بعد أن يغرم قيمة يده. ولو كانت سرقة لا قطع فيها، لكان له الخيار في أن يأخذ قيمة العيب، ويتولَّى هذا العبد بنفسه. فيمكن من أخذ قيمة العبد لما يلحقه من خسارة في العبد إذا أراده.

وقد تنازع الأشياخ في عيب كتم بعضه وبيَّن بعضه. مثل أن يبيع عبداً قد أبق له سنة، فيقول للمشتري أبق شهراً.

فقال الشيخ **أبو بكر ابن عبد الرحمان** إن هلك العبد في مدة الشهر، فلا مطالبة على البائع، لكونه هلك بسبب عيب قد بيَّنه. وإن هلك بعد الشهر ضمنه بائعه. فكأنَّه أعطى لما كتم حكمه لو تجرَّد.

وخالفه غيره، ورأى الأقل[1] حكم الأكثر. فإن كان المكتوم هو الأكثر، صار كمن كتم الإباق كله. وإن كان المبين هو الأكثر، صار كمن بيَّن الإباق كله. وكأنَّ هذا قدَّر أنَّه قد ورد في الشرع إجراء حكم الأكثر على الأقل، كما قيل في ثمرة أبر بعضها، أو زرع سقي بالدلو وبماء السماء، إلى غير ذلك مما

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: للأقل.

ألحق فيه الأقل بحكم الأكثر، وكذلك هذا.

ومنهم من ذهب إلى أنَّ الواجب في ذلك قيمة العيب المكتوم. وكان[1] قدَّر أنَّ بعض مدَّة الإباق تبعث المشتري على حراسته وضبطه، فيكون البائع غير معين على تلفه.

وقد كنَّا قدَّمنا اختلاف/ الأشياخ أيضاً فيمن باع عبداً به ورم، فلم يدلس بالورم، فزاد الورم عند المشتري، فقال الشيخ **أبو بكر بن عبد الرحمان**: لا يضمن المشتري هذه الزيادة لكونه إنَّما ردَّ المبيع بسبب أصلها وهو مبدأ الورم. وخالفه غيره.

وكذلك كنَّا قدَّمنا أيضاً، إذا دلس على المشتري بعيب فباعه هذا المشتري قبل أن يعلم بعيبه من آخر، فهلك بسبب العيب المدلس به عند المشتري الثاني، وقد ذكرنا أنَّه قد قيل: ينزع الثمن كله من الأوَّل، ويقدر كونه مدلساً على الآخر لما دلَّس على المشتري منه.

وقد حاول بعض أشياخي أن يجري هذا الاختلاف في هذه المسألة التي قدَّمناها فيمن دلس في عبد باعه بعيب فمات بسبب ذلك العيب، وقد كان المشتري أعتقه أو وهبه أو كانت أمة فولدت منه، فإنَّه قد قال في **المدوَّنة** عن المشيخة السبعة: إنَّه يرتجع من البائع الثمن.

وحاول بعض أشياخي أن يجري في عتق هذا العبد أو هبته ما قدَّمناه من الخلاف في المسألة التي ذكرناها الآن وأحلناها على ما تقدَّم، وهي من باع عبداً آبقاً دلَّس فيه بالإباق، فباعه مشتريه قبل أن يعلم بإباقه من مشتر آخر، فمات عند المشتري الآخر. وكأنَّ من قال: ينتزع الثمن من البائع، يرى ها هنا ما قاله المشيخة السبعة. ومن قال: لا يكون للمشتري الآخر إلاَّ قيمة العيب، يقول ها هنا: لا يكون له بعد العتق والهبة إلاَّ قيمة العيب المدلس به، لكون هذا العبد قد خرج من ملكه، فيجب أن يجري فيه من الخلاف ما جرى في خروجه

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: وكأنَّ هذا.

من ملكه عن معاوضة. وقد كنَّا نحن قدَّمنا في تعليل هذا ما يقتضي كون هذا التخريج ممَّا يفتقر إلى نظر.

ولو اختلفا في وجود الإباق عند المشتري فقال المشتري أبق مني فعليك رد الثمن، وقال البائع: بل أنت أخفيته لتسترجع مني الثمن، فإنَّ القول قول المشتري. قال **مالك** رضي الله عنه: لأنَّه ادَّعى ما يشبه، والظالم أحق أن يحمل عليه. وهذه منه إشارة إلى كون البائع (   )[1] بهذا العيب يقتضي تصديق المشتري، لكون هذا الفعل الذي ادَّعاه المشتري قد تقدَّم من العبد، وتقدُّمه من العبد، وكونه قد أبق، يقتضي أنَّه فعل ذلك الآن كما فعله فيما سلف. ولو تحقَّقنا أنَّه أبق لوجب رد الثمن إذ كان البائع مدلساً. فكذلك إذا كان الظاهر أنَّه أبق مع كون البائع ظالماً ينبغي أن يحمل عليه. كما قيل في أحد القولين فيمن اغتصب صرَّة فيها دنانير، أنَّ القول قول المغصوب منه في مقدارها، لكون الغاصب ظالماً، فهو أحق أن يحمل عليه.

وعلى ما قرَّرناه في أنَّ من دلَّس بعيب فهلك المبيع بسبب العيب، أن المشتري يرتجع الثمن، يجب ذلك فيمن اشترى من رجل شعيراً ليزرعة وبيَّن للبائع أنَّ مراده به ذلك، فزرعه المشتري وثبت أنَّه لم ينبت، فإنَّ البائع يرد جميع الثمن على/ المشتري لكونه أتلفه عليه بغروره وتدليسه. لكن لو اشترى منه هذا الشعير، ولم يذكر له أنَّه يريده ليبذره، ولا تفاهما ذلك من قرائن الأحوال تفاهماً يقوم مقام الاشتراط، فإنَّ البائع لا يلزمه رد جميع الثمن، وإنَّما تلزمه قيمة العيب. واعتلَّ **ابن حبيب** لهذا بأنَّ الشعير قد يشترى لا لشيء واحد وقد باء البائع بالإثم إن علم أنَّ شعيره لا ينبت فكتم ذلك. فأشار إلى أنَّ البائع لا يحل محلَّ المدلس الذي هو سبب في إتلاف المبيع على المشتري، لأنَّه قد يعتذر بأنَّه قد يتحقَّق أنَّه أراده للزريعة وظنَّ أنَّه أراده للأكل، فلهذا لم يوجب عليه رد جميع الثمن. فإن قيل: فلم أثمه إن علم أنَّ الشعير المبيع لا ينبت فكتم ذلك؟

---

(1) بياض في (و) مقداره كلمة ـ وهي غير واضحة في المدنية. والأقرب أن تكون: مدلساً.

قيل: لأجل تجويزه أنه قد يريده لزراعة، فكان من حقِّه أن يبين هذا للمشتري لئلاَّ يقع فيه، ويكون التأثيم من باب وجوب صيانة مال المسلم.

وقد قيل: إنَّ الذي ذكره من الاقتصار على أخذ قيمة العيب إذا لم يعلم البائع أنَّه لا ينبت، إنَّما هذا إذا كان وجود مثل الشعير الذي لا ينبت متعذِّراً، وأمَّا إذا وجد فإنَّما عليه رد مثله.

وإذا كان لم يشترط أنَّه يريده للزراعة فثبت أنَّه لا ينبت، فإنَّ على البائع قيمة هذا العيب. وإن كان قد يشترى الشعير لغير شيء واحد كما قال **ابن حبيب**. لكن الإخلال ببعض هذه المنافع ينقص من ثمن الشعير إذا اطَّلع عليه المشتري.

ولو كان المبيع إنَّما هو من هذه البذور التي إنَّما تراد لتزرع، لم يفتقر إلى اشتراط المشتري كونه يريدها للزراعة. ويحل العلم بذلك محلّ/ الاشتراط في شراء الشعير أنَّه يراد للزراعة. فيلزم رد الثمن أيضاً إذا علم البائع أنَّها لا تنبت فدلس بذلك فزرعها المشتري فلم ينبت.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال: إذا اشترى رجل من رجل ثوباً فتصرَّف فيه المشتري تصرفاً أحدث به نقصاً، فإنَّه لا يخلو أن يكون ذلك النقص مما يصير المبيع كالتالف عينه، مثل أن يشتري ثوباً فيقطعه خرقاً، أو مما في معنى ذلك مما لا يراد له الثوب غالباً، فإنَّه إذا فعل ذلك، لم يكن له إلاَّ قيمة العيب، سواءً كان البائع مدلساً أو غير مدلس. لأنَّه إن كان غير مدلس، فقد فات المبيع عند المشتري، فليس له إلاَّ قيمة العيب. وإن كان البائع مدلساً، فقد فات المبيع أيضاً عند المشتري بفعله وإتلافه له، فلم يجب على البائع رد جميع الثمن لكونه غير متلف للمبيع. بخلاف ما قلناه فيمن دلس بالإباق فأبق العبد فهلك، فإنَّ البائع يرد جميع الثمن لكون تلف المبيع من سببه.

وأمَّا إن قطعه قطعاً جرت العادة به، مثل أن يشتري مقطعاً فيقطعه ثوباً، ثمَّ يطلع على عيب كان عند البائع، فإنَّ المشتري بالخيار كما قدَّمناه بين أن

يأخذ قيمة العيب أو يرد الثوب. وما نقصه القطع، إذا كان البائع غير مدلس بالعيب الذي اطَّلع عليه المشتري/ بعد أن قطعه. وأمَّا إن كان البائع مدلساً، فإنَّ المشتري لا يلزمه غرامة هذا النقص الذي هو القطع، لكون البائع كالآذان له فيه، لأنَّه لمَّا دلَّس بالعيب، وعلم أنَّ للمشتري الرد به، وأنَّه قد يقطعه، صار البائع هو السبب في قطعه فلم يكن له مطالبة به، وصار هذا النقص منه، كما تكون منه مصيبة العبد الآبق إذا دلس بإباق فأبق عند المشتري فمات بسبب الإباق. فإذا لم يلزمه غرامة هذا النقص، لم تكن له المطالبة بأخذ قيمة العيب الذي كان عند البائع، لأنَّا قدَّمنا فيما سلف أنَّ المشتري إذا اطَّلع على عيب بالمبيع بعد أن حدث عنده نقص فيه، أنَّه لم يثبت له الخيار في أن يأخذ قيمة العيب ويتمسَّك بالمبيع، لكونه لا يمكنه رد المبيع بالعيب إلاَّ بخسارة تلحقه، وهي غرامة ما نقص أو خسارة تقدَّمت له في المبيع، على حسب ما قدَّمناه فيمن اشترى أعجمياً فعلمه صنائع بإجارة بذلها على أحد القولين. فإذا لم يكن على هذا القاطع للثوب الذي دلَّس عليه البائع بعيبه غرامة في القطع، لم تكن له المطالبة بقيمة العيب، على ما أصَّلناه. وهكذا قال **ابن المواز** في هذا: إنَّ المشتري بالخيار بين أن يرد ولا شيء عليه للقطع، أو يتمسَّك ولا شيء له. لكن وقع في **المدونة** فيمن اشترى ثوباً فقطعه أو صبغه صبغاً ينقصه، ثمَّ اطَّلع على عيب، أنَّ له أن يأخذ قيمة العيب أو يرد ولا شيء عليه. أمَّا قوله: يرد ولا شيء عليه، فهو جار على الأصل الذي قدَّمناه من أنَّ المشتري لا يطالب بالنقص إذا دلس عليه بعيب، على حسب ما قدَّمناه. وأمَّا قوله: أن يأخذ قيمة العيب، فهو جار على الأصل لما قدَّمناه من أنَّ المشتري إنَّما يمكن من أخذ قيمة العيب متى لحقه الضرر بخسارة إن ردَّ، وهذا لا يلحقه خسارة في الرد. وهكذا قال **أصبغ** في أصوله: لا يكون هذا في التقطيع. وأشار إلى ما أشار إليه **ابن المواز**.

وقد تأوَّل بعض المتأخرين مسألة **المدوّنة** على أنه إنَّما اقتصر في الجواب على أحد الموضعين المذكورين في السؤال وهو صباغ الثوب، فإنَّ صباغه قد

أدَّى فيه ثمناً، فيكون/ له[1] أخذ قيمة العيب لئلاَّ يخسر هذا الثمن الذي أدَّاه في الصباغ. وهذا التأويل فيه تعسف وخروج عن ظاهر ما في **المدوَّنة** لأنَّه ذكر في السؤال القطع والصبغ. وأجاب عنهما جواباً واحداً. ولهذا تأول الشيخ **أبو موسى بن مناس** المسألة على أن التقطيع أدَّى فيه المشتري ثمناً لمن فصَّل له الثوب، فقد يفتقر التفصيل إلى إجارة، مثل تفصيل الثياب الرفيعة من ديباج وغيره، فإنَّ تفصيلها يفتقر إلى علم، فلم[2] يعلمه يستأجر عليه من يعلم.

وأشار بعض أشياخي إلى هذا[3] التأويل إنَّما يستقل تخريجاً على أحد القولين فيمن اشترى عبداً أعجمياً علَّمه/ صناعة أدَّى في تعليمها ثمناً، فإنَّ له أخذ قيمة العيب لئلاَّ يخسر ما أدَّاه في التعليم، لمَّا كان ما أداه في التعليم لم يحصل منه عين قائمة في المبيع. وكذلك يجري الأمر فيما أدَّاه في التقطيع. ويمكن عندي أن يقال في هذا أنَّ الغالب في المقطع أن يفصل، والغالب في التفصيل أن يؤدى عليه أجرة. ولو ردَّ على بائعه صحيحاً لأدَّى في تفصيله أجرة، فقد كفاه المشتري مؤونتها، فوجب أن يكون له مقال لأجل ذلك بخلاف تعليم العبد الأعجمي.

وقد حاول بعض أشياخي أيضاً إجراء المسألة على ظاهرها والإستغناء عن التأويل لها، فقال: أما رأي **مالك** أنَّ من لم يدلس بالعيب للمشتري أن يتخيَّر عليه ويأخذ منه قيمة العيب، فمن دلَّس وظلم، أحرى أن يؤخذ منه قيمة العيب، ويمكن المشتري من ذلك، لكون البائع ظالماً، والظالم أحق أن يحمل عليه.

وهذا الذي قاله يهدم ما أصَّلناه من أنَّ علَّة تمكين المشتري من أخذ قيمة العيب الضرر الذي يلحقه بالخسارة، وها هنا لا خسارة عليه، فلا يصح تمكين المشتري من المطالبة بقيمة العيب. وقد قيل في المذهب المشهور: إنَّ من لم

---

(1) اعتمدنا نسخة المدينة في إثبات ما ذكر من قوله: له أخذ قيمة العيب إلى قوله. وكذلك. وذلك لسقوطه من نسخة المكتبة الوطنية.

(2) هكذا، ولعلَّ الصواب: فمن لم . . .

(3) هكذا، ولعلَّ الصواب: إلى أنَّ هذا.

يدلس بالعيب، واطَّلع المشتري منه على عيب، وحدث عنده عيب إن أسقط البائع عن المشتري قيمة العيب الحادث عنده، لم يمكن من المطالبة بقيمة العيب الذي كان عند البائع لسقوط الغرامة التي من أجلها كان له المطالبة بقيمة العيب الذي كان عند البائع. هذا مع كون المشتري قد وجب له التخيير قبل أن يسقط عنه البائع قيمة العيب الحادث عنده، فكيف بمن لم تجب عليه غرامة لأجل التقطيع.

وعلى هذا الأسلوب يجري القول فيمن باع جارية بكرا دلس بعيب فيها، فافتضَّها المشتري ثمَّ اطَّلع على عيب بعد افتضاضها، فقال الشيخ **أبو القاسم بن الكاتب** إنَّه لا يلزمه قيمة الافتضاض، كما لم يلزمه قيمة تقطيع الثوب، لكون البائع كالآذن في الإفتضاض لما دلَّس بالعيب، كما قرَّرنا في التقطيع. قال: وقد ذكرنا أنَّ الرواية: وجوب مطالبة المشتري بقيمة الافتضاض إذا ردَّ الجارية بالعيب، ولو كان البائع مدلساً.

وحاول بعض أشياخي أن يجري هذا على القولين، فإنَّه قد علم أنَّ من اشترى ثوباً دلَّس فيه البائع بعيب فلبسه المشتري، فإنَّه إذا ردَّه ردَّ معه ما نقصه اللباس، وإن كان البائع مدلساً، لكون المشتري قد انتفع باللباس وصان به ماله. ولو لم يلبس هذا لبس ما عنده من الثياب فينقصها بلباسه كما نقص هذا. وعلم أيضاً أنَّ التقطيع لا غرامة عليه فيه إذا دلس البائع بالعيب لمَّا كان لا منفعة للمشتري فيه. فإن قلنا: إنَّ الافتضاض مما ينتفع به المشتري كما ينتفع باللباس، وجب رد قيمة الإفتضاض.

وكان غيره من أشياخي إذا تكلَّم على سبب الإختلاف/ في إلزام الولد أن يزوج أباه الفقير، فقال: إنَّ سبب هذا الاختلاف النظر في الوطء هل هو كالأقوات المحتاج إليها. فيكون على الولد أن يزوِّج أباه، كما عليه أن يشتري له قوته. أو يقال: إنَّه ليس من ناحية القوت، وإنَّما هو كالتفكه والتلذذ. فلا يلزم الولد ذلك. وهذا الذي أشار إليه شيخنا هو الذي أشار إليه شيخنا الآخر، وللنظر في ذلك محال.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال: لا يخلو المبيع، الذي دلَّس فيه بعيب وغيره، من أن يكون المشتري أحدث فيه نقصاً أو أحدث فيه نقصاً وزيادة. مثل أن يشتري ثوباً فيقطعه، وقد دلس البائع فيه بعيب، فإنَّا قد تكلَّمنا على هذا، وذكرنا ما قال فيه من تقدَّم من أهل المذهب ومن تأخَّر. وكذلك لو أحدث فيه زيادة محسوسة، ولكنَّه نقص من جهة الثمن.

مثل أن يصبغ الثوب صبغاً ينقص ثمنه، فإنَّه إن كان البائع مدلساً واختار المشتري الرد، فلا غرامة عليه في هذا النقص، كما لا غرامة عليه في القطع.

ولو كان صبغه صبغاً أفسده به حتَّى بطل الغرض المقصود منه، فإنَّه إنَّما له قيمة العيب، كما قلناه في القطع أيضاً: إذا اشترى مقطعاً ففصله ثياباً أو خرقاً، فالقطع والصبغ يستوي حكمهما في الرد أنَّ المشتري لا يغرم ما نقص إذا كان الصبغ مما ينقص ثمن الثوب. ويختلفان في التمسك وأخذ قيمة العيب لئلا يخسر ما أدَّاه من إجارة في الصبغ. وقدَّمنا أنَّ إلزام المشتري غرامة إذا ردَّ به عذر في تمكينه من أخذ قيمة العيب. وكذلك يمنع إذا اختار الرد، فإنَّه لا يمكنه بأن يخسر ما أدَّى في الصبغ، وكان لأجل هذا أخذ قيمة العيب. وأمَّا التقطيع فقد قدَّمنا أنَّه يرد ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له. وذكرنا ما تأوَّل فيما وقع في المدوَّنة من تمكينه من أخذ قيمة العيب في هذا، وما قيل في ذلك. وأمَّا إن أحدث المشتري فيه زيادة محضة، فإنَّ له أخذ قيمة العيب لئلاَّ يخسر إذا ردَّ ويخرج على ملكه.

فحصل في هذا أنَّ الزيادة التي تتوقَّع خسارته يمكن المشتري من أخذ قيمة العيب، مدلساً كان البائع أو غير مدلس.

وأمَّا النقص ففي عدم التدليس تجب غرامته إذا ردَّ أو يمكن من أخذ قيمة العيب، وفي التدليس غرامة عليه إذا ردَّ، وتمكينه من أخذ قيمة العيب يتفصَّل، كما قلناه إن اقتضى ردَّه خسارة مُكِّنَ من أخذ قيمة العيب، وإن لم يقتض ذلك فإنَّه لا يمكن.

وأمَّا إن أحدث نقصاً وزيادة وكانت الزيادة كأنَّها من مقتضى النقص، فإن الحكم إدخال النقص في قيمة الزيادة حتَّى تخلص من ذلك زيادة أو نقص محض أو عدم زيادة وعدم نقص. مثل أن يشتري ثوباً دلس فيه البائع بعيب، فقطعه المشتري قبل أن يعلم بالعيب، وخاطه قبل أن يعلم بالعيب، فإنَّ القطع نقص والخياطة زيادة. كأنَّ القطع اقتضاها، فيجبر بالزيادة/ عيب النقص، على ما نبينه في حكم التقويم. وأمَّا إن كانت الزيادة ليست من مقتضى النقص، مثل أن يشتري ثوباً فيصيبه عنده خرق، ويصبغه أو يقطعه ثمَّ يصبغه، فإنَّ هذا مما لم يقع لمن تقدم من أصحابنا فيه نصَّ على النقص يجبر بالزيادة. وقد تردَّد الشيخ أبو إسحاق التونسي هل يقتضي المذهب جبر القطع بالخياطة الجبر لهذه الزيادة التي لا تعلق لها بالنقص أم لا؟ وكذلك/ تردَّد)[1] أيضاً فيه غيره من الأشياخ. ولكنَّه أشار إلى التفرقة بين هذا وبين جبر القطع بالخياطة، فإنَّ الخياطة يقتضيها القطع وكأنَّهما كمعنى واحد لتعلق الثاني بالأوَّل. فحسن ها هنا أن يمحو الأوَّل بالثاني. بخلاف من قطع الثوب ثمَّ صبغه، فإنَّ هذا لا تعلَّق لأحدهما بالآخر. واستشهد بأنَّهم قد قالوا: إنَّ من خرق ثوباً فعليه رفوه وغرامة ما نقص. وما ذلك إلاَّ لكون القطع تفريق أجزاء والرفو تلفيقها ونظمها، فحسن أن يجعل كالشيء الواحد. وقد كنَّا نحن أشرنا إلى هذه الطريقة فيما تقدَّم لمَّا ذكرنا أنَّ من اشترى جارية بها عيب فأزوجهاوولدت عنده، أنَّه يجبر العيب بالولد لمَّا كان العيب للتزويج الذي حدث عنده، وهو المقتضي للولادة. وذكرنا ما قيل في ذلك.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال: قد قدَّرنا أنَّ المشتري إذا اطَّلع على عيب ولم يحدث عنده بالمبيع تغيُّر، فإنَّه مخيَّر بين الرد ولا شيء عليه، والإمساك ولا شيء له. وإن حدث عنده نقص، والبائع لم يدلس به، فإنَّه مخيَّر بين أن يأخذ قيمة العيب ويتمسَّك بالمبيع أو يرد بالعيب ويرد معه ما نقص

(1) هنا ينتهي النقص من نسخة الوطنية، وهو نقص يقدر بصفحتين.

ويرتجع ثمنه. لكن يفتقر ها هنا إلى معرفة زمن التقويم.

فاعلم أنَّ كلَّ بيع صحيح يضمنه مشتريه بالعقد، فإنَّ التقويم فيه، إذا أراد المشتري أخذ قيمة العيب، يومُ العقد، فلو كان لا يضمن هذا البيع الصحيح إلاَّ بالقبض، فإنَّ القية المعتبرة في طلب قيمة العيب يوم القبض. وقد أشار في **المدوَّنة** إلى هذا لما ذكر أنَّ التقويم يوم العقد. قال: لأنَّ مصيبتها من المشتري. ومقتضى هذا أنَّ الأمة المبيعة على المواضعة إذا اطلع فيها على عيب، وأراد المشتري أخذ قيمته، فإنَّ قيمتها تعتبر يوم خروجها من المواضعة، وهكذا بيع الخيار، لا يوم العقد لمَّا كانت في ضمان البائع في سائر مدَّة المواضعة. وهكذا بيع الخيار يعتبر في القيمة يوم القبض.

وأمَّا المحتبسة بالثمن فتجري على القولين، فيمن رأى أنَّ ضمانها من المشتري اعتبر في تقويم العيب يوم العقد، ومن رأى أنَّ ضمانها من البائع اعتبر في تقويم العيب يوم القبض.

وكذلك السلعة المبيعة وهي غائبة يجري الأمر فيها على ما ذكرناه في المحتبسة بالثمن، لكون **مالك** رضي الله اختلف قوله في ضمانها، كما اختلف قوله في المحتبسة بالثمن.

وأمَّا إذا أراد المشتري الرد ويرد ما نقص، فإنَّ المعروف من المذهب أنَّ اعتبار النقص يكون يوم العقد أيضاً. وقال **أحمد/ ابن المعذل**: إنَّ اعتبار النقص إنَّما يكون يوم الرد، بخلاف اعتبار أخذ قيمة العيب. وأشار إلى أنَّ الفرق بينهما أنَّ الجزء الذي أمسكه البائع قد أخذ حصَّته من الثمن باطلاً. فعليه ردها، **وذلك** بأن يقال: ما قيمة السلعة يوم عقد البيع؟ فيقال: مائة دينار، على أنَّها سالمة من العيب. ثم يقال: ما قيمتها يوم العقد، وبها العيب الذي قام به المشتري؟ فيقال: ثمانون. فقد علم أنَّ العيب ينوبه من الثمن خمسه لمَّا نابه في التقويم عشرون ديناراً من مائة دينار، والعشرون خمس المائة. فينظر ما دفعه المشتري من جملة الثمن، فيسقط عنه خمسه. فإن كان الثمن خمسين ديناراً،

ارتجع المشتري خمسها، وهو عشرة دنانير، لأن الواجب له ارتجاع ما نقص لا ارتجاع القيمة، لكونهما تراضيا بثمن فيلزمها ذلك، وافق القيمة أو خالفها. فإن أراد المشتري أن يردَّ قيل: ما قيمتها وبها العيب الحادث؟ فإن قيل: ستون، فقد ذهب عند المشتري جزء قيمته/ عشرون ديناراً، وهي من المائة التي هي التقويم الأوَّل خمسها، ومن الثمانين التي هي التقويم الثاني الذي حصل في يد المشتري، ربعه، فعليه رد ربع ما قبض، والذي قبض يساوي ثمانين. فإذا كان الثمن خمسين ديناراً فذهب منها عشرة ثمن الجزء الذي بقي عند البائع، والجزء الذي ذهب عند المشتري الذي حصلت في يديه، ردَّ السلعة وردَّ معها عشرة دنانير، فهو بالخيار بين أن يرد ويغرم عشرة، أو يمسك ويأخذ عشرة. فأمَّا العشرة الأولى التي يرتجعها فواضح أنَّ القيمة يعتبر فيها يوم العقد، لما قدَّمناه من كون البائع أخذ عوضها فيطالب بحصَّتها من الثمن، كما طولب إذا أخذ منه قيمة العيب. وإنَّما المشتري أتلفها واختار ردَّ المبيع ونقضه من أصله، فإذا انتقض البيع من أصله، انتقض في الثلاثة أخماس التي ردَّها وفي الخمس الذي ذهب عنده. وإذا انتقض البيع وبطل الثمن، ردَّ المشتري قيمة الجزء الذي ذهب عنده. (وإذا انتقض البيع وبطل الثمن الذي ردَّ المشتري قيمة الجزء الذي ذهب عنده)[1] إذ ثمنه قد بطل. وأجيب عن هذا بأن المشتري أتلفه على حصَّته من الثمن الذي رضي بكونه ثمناً فيه. وكونه قد تلف يستحيل معه رده، وإذا استحال معه رده، مضى البيع فيه بحصَّته من الثمن. لا سيَّما إذا قلنا: إنَّ الردَّ بالعيب كابتداء بيع، فيصير المشتري إنَّما بايع البائع في الأجزاء الباقية.

هذا عندي مما يلتفت فيه في توجيه المذهبين إلى الاختلاف المشهور في الرد بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله أو ابتداء مبايعة الآن؟ فإذا تقرَّر هذا عدنا بعده إلى ما ذكرناه في حكم الزيادة التي يحدثها المشتري. لأنَّ النقص الذي يحدثه قد تكلَّمنا على وجوب غرامته وزمن تقويمه.

(1) ما بين القوسين مكرر في النسختين.

فاعلم أنَّ المشتري/ المدلس عليه بالعيب إذا صبغ الثوب صبغاً زاد في قيمته، فإنَّ الزيادة إنَّما تعتبر قيمتها يوم الحكم إن اختار الرد. ويكون شريكاً بهذه الزيادة في الثوب إذا ردَّه على البائع بالعيب الذي دلس به. وهكذا ذكر **ابن المواز** أنَّ القيمة في الزيادة إنَّما تكون يوم الحكم، وقدَّر أنَّ هذه الزيادة لم تقع عليها معاقدة بين البائع والمشتري، ولا تراض بثمن معلوم فيعتبر فيه يوم العقد، فلا يكون للمشتري طلب هذه الزيادة إلاَّ بأن يعتبر مقدارها يوم الحكم لمَّا اختار الرد حينئذ. وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنَّه إذا قيل في النقص: إنَّ القيمة تعتبر يوم البيع إذا اختار المشتري الرد، لكون البيع قد انتقض، فيجب أن يكون حكم الزيادة والنقص حكماً واحداً. والمشهور من المذهب في هذه المشاركة في الرد بالعيب تكون بما زاد الصبغ في الثوب.

وقد قيل فيمن اشترى ثوباً ممن يعتقد أنَّه مالكه فاستحقَّ من يده وقد صبغه، أنَّه يؤمر المستحق بدفع قيمة الصبغ. فإن امتنع أمر المشتري أن يدفع قيمة الثوب غير مصبوغ. فإن امتنع أيضاً كانا شريكين هذا بقيمة صبغه. وهذا بقيمة ثوبه.

وقد رأى بعض المتأخرين إجراء هذا الحكم في مسألة المشتري إذا اطلع على عيب، وقد صبغ، أنَّ البائع يبدأ أولاً بأن يؤدِّي ما يجب للمشتري في الصبغ. فإن امتنع، أدَّى المشتري قيمة الثوب. فإن أبى، كانا شريكين.

وقد أجرى بعض أشياخي في مسألة الرد بالعيب، هل تكون الشركة بما زاد الصبغ أو بقيمة الصبغ؟ وذكر أنَّه قد قيل: إنَّ الشركة تكون بقيمة الصبغ.

وقد حاول بعض المتأخرين فرقاً بين الاستحقاق والرّدّ/ بالعيب في اعتبار قيمة الصبغ في الاستحقاق واعتبار ما زاد في مسألة الرد بالعيب. فإنَّ المستحق من يده مجبور على تسليم الثوب الذي صبغ، ولا قدرة له على إمساكه عن مستحقه. فوجب أن يعطي قيمة ما جبر على تسليمه بغير اختياره.

والذي صبغ الثوب المعيب وقد قدَّر أن يستمسك بالصباغ ويأخذ قيمة

العيب. فإذا لم يزد صباغه في قيمة الثوب، فلا مطالبة له بالقيمة لأنَّه هو أتلف صباغه وفرَّط في أخذه. وقد قال أصبغ في العامل بالقراض إذا اشترى ثياباً بمال القراض وصبغها من مال نفسه أن يكون شريكاً فيها بما أدَّى في الصباغ. ورأى أنَّ العامل كالمأذون له من رب المال في أن يضيف مثل هذا من ماله إلى مال القراض. فيصير كالوكيل على الإنفاق في الصباغ. فإنَّما يكون له المطالبة والمشاركة بما أدَّى. فرأى هذه الثلاث مسائل اختلفت أجوبتها لاختلاف المعاني التي أشرنا إليها. فجعل الشركة في الرد بالعيب بما زاد. وفي الاستحقاق بقيمة الصبغ، وفي القراض بما أدَّى. وقد تقدَّم كلامنا على اجتماع نقص وزيادة/ أحدثهما المشتري ثمَّ اطلع على عيب. ونبَّهنا على ما قيل من التفرقة بين كون الزيادة لا تعلَّق لها بالنقص، كمن اشترى ثوباً فلحقه عنده عيب وصبغه ثمَّ اطلع على عيب قديم كان عند البائع. وأحلنا هناك على ما نذكر صفة التقويم ها هنا.

فاعلم أنَّ من اشترى ثوباً دلَّس فيه البائع بعيب فقطعه المشتري، فإنَّا قدَّمنا أن لا غرامة عليه في القطع. فإذا خاطه المشتري بعد أن قطعه، فقد صارت ها هنا زيادة محضة زادها المشتري، وارتفع حكم النقص الذي هو القطع لمَّا كان المشتري غير مطالب به إذا دلَّس عليه بالعيب. فيكون صفة التقويم ها هنا أن يقوم الثوب بالعيب الذي كان عند البائع، وبعيب القطع حتَّى كأنَّ القطع كان عند البائع. فإذا قيل: قيمته كذلك بهذين العيبين تسعون ديناراً، قيل: ما قيمته الآن يوم الحكم مخيطاً؟ فإن قيل: مائة دينار، فقد زادت الخياطة فيه عشرة دنانير، وهي من المائة عشرها. فيكون المشتري شريكاً في الثوب بعشره. وقد قدَّمنا أنَّ تقويم العيب الذي كان عند البائع يراعى فيه يوم البيع على ما تقدَّم بيانه والزيادة معتبر قيمتها يوم الحكم، فلهذا كانت الشركة ها هنا بالعشر لمَّا اقتضى التقويم مراعاة تقويم العيب القديم يوم البيع، والزيادة يوم الحكم.

فإن كان البائع غير مدلس، فإنَّ المشتري ها هنا مطلوب بقيمة القطع يجبر الزيادة التي هي الخياطة. فيقال: ما قيمة هذا الثوب وهو لا عيب فيه؟ فإن قيل:

مائة، قيل: ما قيمته وبه العيب الذي كان عند البائع؟ قيل: تسعون. قيل: ما قيمته مقطوعاً: قيل: ثمانون. قيل ما قيمته مخيطاً؟ فإن قيل: تسعون، علمت أنَّ العشرة التي وجبت على المشتري لنقص القطع قد جبرها ما فعل من خياطة وهي عشرة دنانير التي هي ثمن الخياطة. فلا تكون على المشتري متابعة بقيمة نقص القطع لكونه قد عوّض عنه بالخياطة. وإن قيل: قيمته مخيطاً خمسة وثمانون، فقد جبرت الخياطة نصف مقدار العيب. فيطالب بمقدار نصف عشر الثمن. فإن قيل: قيمته مخيطاً خمسة وتسعون، فقد جبرت الخياطة قيمة النقص الذي هو القطع، وزادت على ذلك خمسة دنانير وهي نصف العشر. فيكون/ المشتري شريكاً في الثوب بمقدار ذلك. وقد قدَّرنا أنَّ الزيادة تعتبر يوم الحكم والنقص يعتبر يوم البيع، إلاَّ عند **ابن المعذل**.

فإذا ذكرنا أنَّه تعتبر قيمة النقص يوم الرد، فإذا أحبَّ المشتري أخذ قيمة عيب اطَّلع عليه في ثوب اشتراه. قيل: ما قيمة الثوب صحيحاً؟ فإن قيل: مائة، قيل: ما قيمته معيباً؟ فإن قيل:/ ثمانون، فقد علمت أنَّ العشرين من مائة هي الخمس، فعلى البائع ردُّ خمس الثمن.

وإن كان الثمن خمسين، ردَّ عشرة.

ولو كان حدث عند المشتري، قيل: ما قيمة هذا الثوب الذي قوِّم أولا بمائة ثمَّ قوِّم بالعيب بثمانين وبه هذا العيب الحادث؟ فإن قيل: ستون فقد ذهب خمس آخر من الثمن عند المشتري، فيرد عشرة دنانير من الأربعين التي استقرَّت عليه في الثمن بعد أن طرح قيمة العيب القديم، وبقي ربع الأربعين وخمس الخمسين، والتقويم في هذا يوم البيع. وعند **ابن المعذل** أنَّ القيمة التي يطالب المشتري بترددها[1] تكون يوم الرد. فأنت تجري حكم القطع وجبره بزيادة الخياطة على هذا المذهب.

وقد عارض بعض حذاق الأشياخ هذا الذي قيل في جبر نقص القطع

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلَّ الصواب: بردها.

بالخياطة. فقال: الخياطة عرض، والواجب على المشتري غرامة النقص من جنس الثمن. فإنَّما يجب أن يغرم قيمة القطع دنانير من جنس الثمن، ويكون شريكاً بالعرض الذي زاده في الثوب، وهو الخياطة، إذا لا يجبر من وجب له على إنسان دنانير أن يأخذ منها عروضاً بغير اختياره. وقد كنَّا نحن قدَّمنا العذر عن هذا، وأنَّ الخياطة لمَّا كانت من مقتضى القطع عُدَّا كشيء واحد لا اختلاف فيه.

ولو كانت الزيادة يقتضيها النقص كثوب اشتراه فاطلع على عيب وقد حدث عنده عيب وصبغ الثوب، فإنَّ الصباغ إن كان ينقص فقد تقدَّم الكلام عليه في المدلس وغير المدلس. وإن كان لا ينقص ولا يزيد، فلا مطالبة للمشتري به ولا مطالبة عليه من أجله. وإن كان يزيد، فقد ذكرنا أنَّ حكم الاستحقاق بثوب صبغه مشتريه أنَّه يدفع المستحق قيمة الصباغ. فإن امتنع أيضاً، كانا شريكين.

وهكذا رأى بعض الأشياخ: الحكمُ فيه، إذا ردَّ بعيب، لا تثبت الشركة بالصباغ إلاَّ بعد أن يعرض على البائع أن يدفع ثمن الصباغ، وعلى المشتري أن يدفع قيمة الثوب، على حسب ما قلناه. فإذا امتنعا فحينئذ تكون الشركة، ويؤمر البائع في هذا الثوب المبيع المعيب أن يدفع ما زاد فيه الصباغ يوم الحكم. فإن امتنع دفع المشتري قيمة الثوب أبيض يوم الحكم. فإن امتنع اشتركا على حسب ما قُوِّم لكل واحد منهما.

وإذا قلنا بالمعروف من المذهب: إنَّ المشتري يقضى له بالشركة بمقدار ما زاد في الصبغ، على حسب ما بيَّناه، وذكرنا مثاله، فإنَّ الصبغ إذا قوِّم يوم الحكم على حسب ما قدَّمناه في التقويم الذي يعرف به مقدار الزيادة ولم يكن حدث عند المشتري نقص، فإنَّه يشاركه إذا اختار الرد، ولم يعتبر أخذ قيمة العيب بمقدار هذه الزيادة، وإن كان حدث عنده نقص، فقد كنَّا أشرنا إلى ما قيل فيه من التفرقة بين الصباغ والخياطة، فإن الصبغ لا/ يجبر به العيب الحادث عند المشتري. لكن إذا وجب اعتبار النقص يوم البيع والزيادة يوم الحكم، كما

قدَّمناه، نظرت في الصبغ. فإن كان ينقص الثوب يوم البيع والصبغ ينقصه أيضاً يوم الحكم، فكأنَّ نقص الصبغ/ مثل نقص العيب الحادث إذا قوَّم يوم البيع. أو كان نقص الصبغ يوم الحكم أكثر من ذلك، فإنَّه لا مطالبة على المشتري إلاَّ بقيمة النقص الذي حدث عنده الذي قوّم يوم البيع ولا يلتفت فيه إلى يوم الحكم. ولا شيء له في الصباغ لكونه لا زيادة فيه. وإن كان نقص الصباغ يوم الحكم أقل من النقص المعتبر يوم البيع فيطالب بما فضل عن ذلك من نقص. وإن كان الصبغ يربي على قيمة النقص، كان للمشتري المشاركة بالزيادة.

وقد رأيت إشارات المتأخرين الذين تكلَّموا على المسألة اختلفت في نقص ثبت على المشتري لمَّا قوم يوم البيع. فلمَّا قوم الصبغ يوم الحكم، لم يزد في الثمن ولم ينقص منه، هل يجبر به النقص الذي وجب على المشتري. وقد كنت قدَّمت ما قيل في جبر العيب بزيادة لا تعلق له بها، وهذا منه.

وكذلك يجري الأمر في كون الثوب إذا قوم مصبوغاً يوم البيع ومصبوغاً يوم الحكم اختلفت القيمة، فإنَّ ذلك يجري على ما قرَّرناه. وقد قال بعض الأشياخ: إن كان تقويمه كذلك يزيد الصباغ في قيمته يوم البيع ويزيد يوم الحكم، لكانت المشاركة بأقل الزيادتين. ومقتضى المذهب أن تكون المشاركة بالزيادة المعتبرة يوم الحكم.

فصــل
يشتمل على مسائل ذكرها في المدوَّنة

إحداها: حكم من قام بعيب والذي باع منه غائب.

فذكر في **المدونة** أنَّ البائع إن كان قريب الغيبة كتب إليه فيما قام به المشتري. وإن كان بعيد الغيبة تلوم له إن رجي قدومه. فإذا لم يرج قدومه، قضى عليه أن يثبت أنَّه اشترى على بيع الإسلام وعهدته، وأنَّه نقد الثمن.

فأشار إلى اشتراط ثبت بشروط.

أمَّا الشرط الأوَّل: وهو إقامة البينة على أن البيع عقد على الصحَّة، وعلى بيع الإسلام لا على الفساد الذي هو خلاف بيع الإسلام، فإنَّ هذا الشرط لا يمنع من القضاء على الغائب عدم البينة التي تشهد به. لأنَّ البائع لو كان حاضراً فزعم أنَّه عقد عقداً، زعم المشتري أنَّ العقد صحيح، فإنَّ القول قول المشتري لدعواه الصحَّة. وأقصى مراتب البائع أن يكون حاضراً فيدَّعي الفساد فلا يصدَّق، ويصدق المشتري وإن لم تكن له بينة تصدقه. لكن المشتري لا يصدق ها هنا إلاَّ مع يمينه فيترقَّب أن يأتي البائع فيدعي أنَّ العقد فاسد يجب فسخه وردُّ المعيب إليه، ولا يباع عليه. فيتوجَّه على المشتري اليمين، فيطلبها منه القاضي إذا كان البائع غائباً، ويقدر/ أنَّ البائع حضر فادَّعى الفساد، وطلب يمين المشتري، فيقف الحكم على تحليفه. كما لو أثبت رجل دينا على غائب، فإنَّ القاضي لا يقضي له حتَّى يحلف أنَّ الدين ما قضاه من هو عليه ولا أسقط عنه، مخافة أن يأتي الذي يثبت الدين عليه فيدَّعي القضاء، فلا يثبت القضيَّة إلاَّ إذا حلف قابض الدين.

فاشتراطه البينة في **المدونة** لينتفي بإقامتها وشهادتها عن هذا المشتري الذي ردَّ بالعيب هذه اليمين التي يطلبها القضاة على جهة الإستظهار بحق الغائب. وإنَّما يجب استظهاراً لأنَّ الغائب لم يدع ذلك، فيجب كما تجب اليمين في الدعوى المحقَّقة.

وقد أشار بعض أشياخي إلى أنَّها لا يطلب فيها التحليف في المسجد. بل يستحلف في مكانه لكون هذه اليمين لم تطلب، والذي طلبت من أجله لم يدعها. وأراه يطرد هذا في دعوى القضاء، ولا يكتفي بإيقاعها في غير المسجد. لكو القضاء للديون أمراً يتكرَّر ويكثر، فالإستظهار عليه باليمين يتأكد. بخلاف فساد العقد، فإن الغالب عقود الصحَّة بين المسلمين. ولهذا كان القول قول مدَّعي الصحَّة.

وقد كنَّا قدَّمنا في كتاب السلم/ أنَّ الإختلاف في الصحَّة والفساد إذا أدَّى إلى الإختلاف في الثمن، فإنَّه لا يكون القول قول مدعي الصحَّة على الإطلاق. وها هنا قد ذكر الأشياخ أنَّ اشتراطه في **المدوَّنة** إقامة البيَّنة، إنَّما اشترط ذلك لنفي اليمين لكون القول قول مدَّعي الصحة، مع جواز أن يأتي البائع فيدَّعي فساداً في العقد يتضمَّن اختلافاً في الثمن، فلا يكون القول قول المشتري فيه. لكن هذا أمر نادر لم يدعه البائع، فيتعلَّق به الحكم مع ندوره، وكون من له حق فيه لم يدعه ولا طلب به، هذا العذر عندي عن ما[1] يقدح به في التعليل الذي ذكره.

وأمَّا الإشتراط الثاني وهو أمره المشتري بإقامة البيَّنة على أن البيع لم يقع على البراءة من العيوب في هذا العبد الذي مثَّل به في السؤال. وبيع البراءة يجوز في الرقيق أيضاً. فإنَّه أيضاً إنَّما اشترط ذلك عند الأشياخ لينفي اليمين التي تجب على جهة الإستظهار لحق الغائب. إذ لو كان البائع حاضراً، وزعم المشتري أنَّه لم يبره من العيوب ولا عقد معه على ذلك، وقال البائع: بل عقدت معك على

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب مما.

ذلك، فالقول قول المشتري في تمكينه من القيام بالعيب إذا ظهر، لكن مع يمينه على بطلان دعوى البائع إبراءه من العيوب. فاشتراطه أيضاً إقامة البينة ها هنا لنفي هذه اليمين التي تجب للإستظهار بها، كما قدَّمناه في الشرط. لكن الفضل بن سلمة أكَّد وجوب اليمين في هذا الشرط الثاني، ورآه بخلاف الأوَّل لأجل أنَّ البينة التي حضرت العقد إذا شهدت بصحَّته، فلا يؤثر قول المشتري: إنَّ الفساد كان بعد العقد، والبينة إذا حضرت العقد عارياً من اشتراط البراءة من العيوب، فإنَّ دعوى المشتري أنَّه قد أبرأه من العيوب/ يؤثر في وجوب اليمين، فلهذا كان اشتراط طلب اليمين في هذا الوجه آكد منه عنده في الوجه الأوَّل.

وأمَّا اشتراط كون المشتري نقد الثمن، فإن هذا ليس لأجل الإستظهار باليمين على الإطلاق، بل يتفصَّل القول فيه، فتعتبر العادة في دفع الثمن، هل جرت بانتقاده حتَّى لو حضر البائع فادَّعى أنَّه لم ينقده، لم يصدق لكونه قد أطال المقام مع المشتري قبل أن يغيب. فإنَّ اشتراط طلب اليمين ها هنا، مع كون المشتري مصدقاً في دفع الثمن إنَّما هو استظهار مخافة أن يحضر البائع فيدَّعي ذلك، على حسب ما قدَّمناه في الشرطين المتقدمين. وأمَّا إن كانت العادة تأخير الثمن إلى حين قيام المشتري بالعيب، فإنَّه لا يصدق في أنَّه دفع الثمن. ولو حضر البائع فأنكر القبض لصدق، إلاَّ أن يثبت المشتري البينة بأنَّه دفع، فاشتراطه البيِّنة في هذا الوجه الثالث تكون تارة لأجل نفي اليمين وتارة لتقبل دعواه.

وهذا خلاف ما يقضى به في مكتر اكترى جمال رجل ثم هرب فطلب الجمَّال أن يكريها عليه، فتكون الزّيادة للهارب المكتري، ويكون النّقص عليه يتبع به، فإنّه هاهنا إن كانت العادة تأخير النّقد فإنّ الجمّال مصدّق أنّه لم يقبض الكراء، لكون المكتري الهارب لو حضر فادّعى دفع الكراء لم يصدّق، بل صدّق الجمال لكون العادة تؤكّد صحّة قوله. [ولو كانت العادة هاهنا[1] النّقد، لم

(1) كلام غير واضح في النّسختين.

يقف القضاء، لكون الجمال ادّعى لم يقبض، وذلك خلاف العادة، لكون المكتري الهارب لم يدّع ما اقتضته العادة من النّقد ويحلف مع العادة الّتي هي مقام شاهد، فتصحّ دعواه فلا يمنع كون/ العادة في الكراء النّقد القضاء للجمّال بمقتضى دعواه. وإن خالف العادة لكون العادة لم تحضر أحد يحلف معها.]
وفي مسألة العيب إذا كانت العادة النّقد، فالمشتري الّذي يردّ بالعيب حاضر يحلف معها.

وأمّا المسألة الثّانية، فإنّه ذكر في **المدوّنة** أنّ المشتري إذا ادعى أنّ هذا العبد الّذي اشتراه كان البيع فيه فاسداً، وأثبت ذلك، والعبد لم يفت، فإنّ القاضي يفسخ البيع، ويبيع العبد في الثّمن، على حسب ما قدّمناه في بيع القاضي للغائب. وإن نقص ذلك عمّا وجب للمشتري على البائع اتّبع المشتري البائعَ به. والقاضي إنّما يبيع هذا العبد لكون البائع لا مال له يقضى منه سواه. ولكونه أمثل ما يباع على الغائب، أو لخوف موت العبد أو إباقه، لكون هذا العبد الّذي اشتري شراء فاسداً لو فات في يد المشتري لقضى القاضي بإيقافه في يد المشتري، وألزمه قيمته يوم قبضه، ويقاصّ عن البائع الغائب بهذه القيمة، ويحاسب المشتري بماله على الغائب وعليه، ويترادّان الفضل متى ما تلاقيا.

وقد عارض الأشياخ ما أشار هاهنا من إبقاء الفضلة في ذمّة المشتري شراء فاسداً إذا فات المبيع في يديه. وإشارته في الرّدّ بالعيب إلى كون/ الفضلة توقف للغائب وأشار **ابن أبي زمنين** وغيره إلى أنّ البائع غاب وصارت القيمة له ديناً على المشتري لسبب فساد بيعه وما دخل فيه. والسلطان لا يقتضي ديون الغائب إذا لم يُفقَد لكونه غاب، وهو راضٍ بذمّة من هي في ذمّته، فلا نظر للقاضي في ذلك. بخلاف لو جنى رجل على مال غائب، فإنّ القاضي يطالب الجاني لكون صاحب المال لم يرضَ بما فعل الجاني ولا يبقى ما وجب عليه في ذمّته بلا نظر.

وطعن بعضهم في هذا الفرق بأن قال: البائع بيعاً فاسداً لم ينصرف عن

رضا بكون هذه القيمة في ذمّة المشتري، وإنّما انصرف على أن لا مطالبة بينهما. فيكون للقاضي النّظر في هذا الفاضل للغائب، لكونه لم ينصرف عن رضا ببقائه في ذمّة المشتري. وأشار إلى أنّ الفرق كون الرّدّ بالعيب ينقض البيع من أصله، فإذا انتقض بردّ المشتري بالعَيب، صار المشتري والبائع كأنّهما لم يتعاملا قطّ، فينظر القاضي في مال الغائب. وهاهنا في البيع الفاسد العبد المعيب الّذي تعاملا فيه لم يرجع إلى ملك البائع، وإنّما تغيّرت المعاملة في مقدار الثّمن، فيجب بقاء الفضلة في ذمّة المشتري.

والتّحقيق عندي في هذا أنّ المشتري لهذا الّذي باعه القاضي إن لم يكن هو المشتري الأوّل، أبقي فاضل الثّمن في ذمّته إن كانت مأمونة. ولم ينبغ له أنْ يخرج ذلك إلى أمانة يكون معرّضاً للضيّاع. وإن خاف على ما في الذّمّة وأمن على الثّمن إذا أوقفه في أمانة، فإنّه يوقفه.

وكذلك لو باعه ممّن اشتراه وقام فيه بفساد أو عيب، فإنّه يبقى الثّمن في ذمته إن كانت مأمونة. وإن كان بقاؤه فيها غرراً يعلم أنّ الغائب لو حضر ما رضي به، فإنّه يخرجه من ذمّته.

وكذلك لو فات ولزمت المشتري القيمة، فإنّه يفعل في الفضلة ما هو الأصلح للغائب، إذا علم أنّ الغائب لم يرض بخلافه. وذكر في **المدوّنة** في مسألة أخرى وهي مكاتب باع عبداً فردّ عليه بالعيب بعد أن عجز. فذكر في **المدوّنة** أنّه يكون محجوراً عليه، فيكون النّظر في العبد المردود لسيّده. وقا أبو سعيد بن أخي هشام: بل يعود العبد المكاتب إلى ما كان عليه قبلُ،/ فإن كان قبل الكتابة مأذوناً له في التّجارة، بقي بعد العجز على هذا الإذن. وإن كان محجوراً عليه، بقي بعد العجز على ما كان عليه قبل الكتابة من الحجر.

فكأنّ من قدّر أنّ الكتابة كالمخرجة له من الملك في التّقدير، والعجزُ يصيّره كملك مبتدإ مستأنف، جعله بنفس العجز محجوراً عليه. ومن رأى أنّ حكم الملك باق عليه، فإذا عجز لم ينقله هذا الّذي أكّد حالته بعد الكتابة عمّا

كان عليه قبل الكتابة من/ إطلاق يده في التّجارة.

وقد وقع أيضاً اضطراب في كونه منتزعَ المال إذا عجز. فقال في المكاتب: إذا باع عبداً ثمّ عجز، وردّ العبد بعيب بعد عجزه، فبيع وفضلت منه فضلة، أنّها للمكاتب. وهذا يشير إلى أنّه لا يكون منتزع المال بالعجز. وقال أيضاً: إذا عجز، فماله لسيّده. وهذا يشير إلى أنّ العجز انتزاع ماله وردّه إلى سيّده. وقد تُؤوِّل قوله: فهو له. أنّ له إطلاق التصرّف فيه لعبده أو الحجر عليه. وقال أيضاً في أمّ ولد مكاتب نصرانيّ أسلمت: إنّها توقف. فإن عجز المكاتب، بيعت عليه، وإن كان العجز يصيّر ماله منتزعاً، لأنّها صارت للسيّد الأعلى وهو مسلم، ولا تباع عليه. وقال أيضاً في مكاتب كاتب عبده فعجز المكاتب الأعلى، فإنّ المكاتب الأسفل يؤدّي إلى السيّد الأعلى. وهذا قد يفهم من ظاهره أنّه انتزاع أو حجر. وهذا يبسط في موضعه إن شاء اللهُ تعالى.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: وإذا نما المبيع عند المشتري ثمّ أراد ردّه بعيب، فلا يخلو النّماء أن يكون منفعة أو غلّة أو عيناً.

فإن كان منفعة أو غلّة، كان له[1]. ولا يلزمه شيء لأجله، لأنّ لهُ الخراجَ بالضّمان.

وإن كان عيناً فلا يخلو أنّ يكون ولادة أو نتاجاً أو غيره.

ففي الولادة والنتاج يردّهما مع الأمّهات.

وأمّا غير ذلك، فيختلف: .

فأمّا ثمرة النّخل فلا يردّها مع الأصل إذا حدثت عنده. فإن كان ابتاع الأصل وفيه ثمر، فإن كانت لم تؤبّر، لم يردّها. وإن كانت مأبورة، ففيه خلاف. وكذلك في صوف الغنم. فأمّا الألبان والأسمان[2] فلا يُرَدّ شيء منه.

---

(1) في غ، والغاني: كاتن له ردّه. وهو خطأ.

(2) في غ، والغاني: السمون.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل أربع مسائل: أحدها أن يقال:

1 ـ هل يردّ الغلّة مع المبيع؟

2 ـ وهل لها قسط من الثّمن إن كانت موجودة حين البيع؟

3 ـ ومتى تكون غلّة لا يردّها؟

4 ـ وهل يضمن المشتري ما يجبُ ردّه منها.

فالجواب عن السؤال الأوّل أنّ يقال: قرّرنا أنّ المبيع المعيب، إذا ردّ بالعيب، بتغيّر إلى زيادة أو إلى نقصان. والزّيادة تكون غير متميّزة كالسمن، وما في معناه ممّا ذكرناه. وتكون متميّزة كاغتلال الحيوان، على اختلاف أنواعه من نتاج أو ثمار أو استخدام، أو غير ذلك من ضروب الإغتلال. وأمّا إن كان الإغتلال ليس بعين قائمة متميّزة في الوجود، كاستخدام الدّيار والحيوان أو إجارة هذا الإستخدام، فإنّه غير واجب ردُّه مع المعيب عند سائر فقهاء الأمصار **كأبي حنيفة ومالك والشّافعي** وغيرهم. حتّى أنّ كثيراً من العلماء ينكر وجود خلاف. فقال الشّيخ **أبو بكر الأبهري**: لا خلاف بين أهل العلم، أن هذا الإغتلال للمشتري ولا يردّه إذا ردّه بالعب. وقال **ابن الجهم**: إذا أجّر العبد بإجارة كثيرة، أو أزوج الأمة بصداق/ قليل أو كثير، ثمّ ردّ بالعيب، فإنّه لا يردّ ما أخذ من إجارة أو صداق. وقال: لا خلاف بين النّاس في هذا. وهكذا ذكر ابن داوود أيضاً لا خلاف بين العلماء في هذا. فأنت ترى تطابق هؤلاء على نقل الإجماع لاشتهار هذا المذهب بين العلماء.

لكن رأيت/ **الجوزيّ** ذكر أنّ **شريحا** وعبد الله[1] **ابن حسن العنبريّ** ذهبا إلى أنّ الغلّة يردّها المشتري أيّ نوع كانت.

وأمّا إن كانت الغلّة ممّا يتميّز، كالولد للأمّة والمواشي أو الثّمرة للأشجار، فإنّ **الشّافعي** ألحق هذا النّوع بحكم هذا النّوع الّذي قدّمناه، وذكر اتّفاق العلماء عليه عند من نقلنا عنه ذلك، وقضى بالولد والثّمر للمشتري وإن

---

(1) في المدنية عبد الرحمن.

ردّ بالعيب، ورأى أنّ ذلك لا يمنعه من الرّدّ بالعيب.

وذهب **أبو حنيفة** إلى أنّ ذلك كلّه للمشتري، كما قال **الشّافعي**، ولكنّه خالفه في ردّ المبيع بالعيب، ورأى أنّ المشتري لا يمكن من الرّدّ، وإنّما له قيمة العيب، وتبقى الغلّة له.

وذهب **مالك** إلى تفصيل القول في هذا، فرأى أنّ النّتاج ليس بغلّة، ولا يمنع الرَّدَّ، بل يجب ردّه مع ردّ الأمّ. لكن يطالب بردّ نقص إن حدث بسبب النّتاج على ما تقدّم بيانه. وأمّا الثّمرة فإنّها تكون للمشتري ولا يمنع من الرّدّ.

فحصل من هذا أنّ الثّمرة تكون للمشتري غلّة عند الثّلاث الأئمّة. ولكن انفرد **أبو حنيفة** بكونها مانعة من الرّدّ للمبيع، وألحقها بما يفيت المبيع. وأمّا الولد فإنّ مالكاً انفرد بردّه، على حسب ما قدّمناه. واختلف الآخران في كونه مانعاً للمشتري من الرّدّ، على حسب ما قدّمناه.

هذا جملة المذاهب المذكورة في هذا جملة وتفصيلاً.

وسبب الإختلاف في هذا النّظر في حديث اشتهر وهو قوله عليه السلام: «**الخراج بالضّمان**»(1). وقد ذكر سبب الاختلاف هذا الحديث، وهو أنّ رجلاً حاكم آخر عند النبيّ ﷺ في عبد اشتراه، فلمّا ردّه المشتري بالعيب، قال البائع: يا رسول الله، يردّ الغلّة. فقال عليه السلام: «الخراج بالضّمان». وقد خرّج هذا الحديث أبو داوود. وخرّجه التّرمذي. وهو حسن السند. وفي بعض الرّوايات «الغلّة بالضّمان».

وقد تخاصم رجلان إلى **عمر بن عبد العزيز**، فقضى بردّ الغلّة على البائع. فدخل عليه **عروة** فأخبره أنّ عائشة أخبرت عن النبيّ عليه الصلاة والسلام في مثل هذا أنّه قال: «**الخراج بالضّمان**». فردّ **عمر** قضيّته وقضى للمشتري بالخراج.

فمن ذهب إلى أنّ الغلّة تردّ أيّ نوع كانت، رأى أنّ هذا الحدث كقضيّة في عين لا تتعدّى إلاّ بدليل. ومن رأى أنّ الغلّة لا تردّ، وإن كان الّذي اغتلّ

---

(1) تقدم تخريجه ص 134.

غاصِباً يضمن بالغصب، رأى أنّ قوله: «الخراج بالضّمان» عموم خرج على سبب، والألف واللاّم للجنس، فوجب التّعميم، لكون كلّ خراج يكون لمن عليه الضّمان. وقد قال جماعة من أهل الأصول:/ إنّ العموم إذا خرج على سبب، لم يقتصر على سببه بل تعدّى.

ومن رأى أنّ الغاصب يردّ الغلّة، خصّ هذا العموم بقوله: **ليس لِعرْقٍ ظالم حقّ**[1]. والغاصب ظالم، فلا حقّ له.

ويحمل الحديث على ضمان ضمن بالملك كمشتر ردّ بالعيب بعد أن كان مالكاً، بخلاف الضّمان بالتّعدّي، أو يحمل الحديث على مثل السبب الّذي خرج عليه وهو ضمان ما ملك، كالمبيع المعيب الّذي لو شاء المشتري لم يردّ على بائعه. وقد أشار **ابن داوود** إلى هذا بأنّ النّظر يقتضيه، وإنّ لم يردْ الخبر، لأجل أنّ المشتري إنّما اغتلّ ما ملك، ولو شاء لم ينقض البيع فيه، وهو لم يشترِ الغلّة ولا أخذها وهي في ملك البائع. فيجب ردّها على البائع.

وهذه الإشارة الّتي أشرنا إليه لها تعلّق بأصل آخر قد ينشأ الخلاف منه أيضاً في هذه المسألة، وهو النّظر في كون الرّدّ بالعيب هل يقدّر أنّه فسخ للبيع من أصله ونقض للملك، حتّى كأنّه لم ينتقل عن البائع، فتكون الغلّة له أيّ نوع كانت.

ومذهب الشّافعيّة أنّه رفع له الآن.

وأشياخنا يقولون بأنّ المذهب عندنا على قولين، هل الرّدّ بالعيب نقض للبيع من أصله؟ أو كابتداء بيع الآن؟ ويخرّجون هذا من مسائل إحداها الاختلاف المشهور في مسألة من اشترى أمة على المواضعة، ثمّ ردّها بعيب بعد خروجها من المواضعة، هل يجب أيضاً على المشتري مواضعتها كما وجب له ذلك على البائع منه لكونه بائعاً؟ وإن قلنا: إنّ ذلك رفع للبيع من أصله، فإنّه لم يبع فلا عليه المواضعة. وإن جاء بها البائع عن قربها حتّى يستبريء. وقد يقال في هذا: إنّما وجبت لأنّه أخذها من بائعها وهي فارغة من الولد، فعلبه أن

---

(1) الموطأ ج2 ص 287 ح 2166.

يردّها كما أخذها، سواء قيل: إنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع أو رفع له من أصله. فمن يذهب إلى أنّه ردّ له من أصله، يقول: لو كان كابتداء بيع لوجبت الشّفعة للشّريك إذا ردّ المشتري بالعيب. فلمّا لم تجب له، دلّ على أنّ ذلك نقض للبيع من أصله، ولا شفعة للشّريك إذا لم يبع. ومن يذهب إلى أنّه كابتداء بيع الآن يقول: لو اشترى أمة بعبد فأعتق الأمَة ثمّ استحقّ العبد، فإنّ الّذي استحقّ العبد منه ليس له نقض العتق، وإنّما له قيمة الأمة المعتقة. وكذلك لو ردّها بعيب لم يكن له نقض العتق. فهذا سبب الخلاف من جهة الخبر والنّظر.

وأمّا ما حكيناه من الإختلاف في الولد، هل هو غلّة فيمسَك، وإن ردّت الأمّ كما قاله **الشّافعي**؟ أو يُرَدّ معها؟ فإنّا كنّا قدّمنا في هذا الكتاب الكلام على هذه المسألة، وذكرنا استقراء الشيخ **أبي القاسم السيوري**، رحمه الله، كون الولد غلّة من قوله **في المدوّنة** في هذا الكتاب: إنّ المشتري يجبر به عيب النّكاح. وبسطنا القول في/ ذلك بما يغني عن إعادته.

وبعض أصحابنا يشير إلى أنّ هذا الولد لا يطلق عليه في العرف اسم غلّة ولا يدخل في قوله: «الخراج بالضّمان»[1] أو قوله: «الغلّة بالضّمان»[1].

وأيضاً فإنّ حكم الولد كحكم أمه، ألا ترى أنّ ولد المكاتبة مكاتب، والمعتقة إلى أجل معتق إلى أجل، وكذلك ولد المدبّرة. وهذا يقتضي كون الولد كعضو من أعضائها. فإذا وجب ردّها، رُدّ الولد الّذي هو كعضو من أعضائها.

ولا ينقض هذا بولد المستأجرة، فإنّ من استأجر أمة لا يكون له حقّ في استخدام ولدها، لأنّه لم يملك الرّقبة، فيكون الولد تابعاً للرّقبة، وإنّما ملك المنافع، والولد ليس تبعاً للمنافع.

وأمّا سبب الإختلاف بين **الشّافعي وأبي حنيفة** في كون النّتاج أو الثّمر يكونان للمشتري، ولكنّهما يمنعان من الرّدّ عند **أبي حنيفة**، ولا يمنعان منه عند **الشّافعي**، فلأجل أنّ **أبا حنيفة والشّافعي** قد قدّمنا عنهما أنّ من اشترى سلعة

(1) تقدم تخريجه ص 134.

واطّلع على عيب، وقد حدث عنده عيب، فإنّهما يريان أنّه لا يمكن من الرّدّ، ولو ردّ ما نقص العيب الّذي حدث عنده، خلافاً لما ذهب إليه **مالك**، رضي اللهُ عنه، ويريان هذا فوتاً، كما يراه **مالك** في الموت والعتق، وتلف الأعضاء المقصودة من الأمة. وقدّر **أبو حنيفة** أنّ الأصل وجوب ردّ الغلّة، لما قدّمناه عنه من أنّه يرى الرّدّ بالعيب نقضاً له من أصله. وقد منع الخبر وهو قوله عليه السلام: **الخراج بالضّمان**[1] من ردّ الغلّة الّتي يجب ردّها على البائع. فصار هذا المنع بالشّرع كعيب حدث عند المشتري إذا ردّ المبيع لم يردّه على ما هو عليه، بل الاغتلال خسارة تلحق البائع.

ورأى **الشّافعي** أنّ هذا الإختلاف/ لا يقدّر أنّه كالنّقص الّذي وافق **أبا حنيفة** على أنّه يمنع من الرّدّ، فإذا كان قد ردّ الأمة على ما هي عليه، لم تتغيّر بعد أخذ ولدها. وكذلك الشّجرة لم تتغيّر بعد أن جنى المشتري ثمرتها، فإنّ ذلك لا مضرّة فيه على البائع، ولا نقص يلحقه في ردّ المبيع عليه، وقد ردّه على حسب ما أخذه، فلهذا لم يكن هذا كعيب حدث منع من الرّدّ.

والجواب عن السؤال الثّاني أنّ يقال:

قد علم أنّ هذه الغلّة تكون لها أصول حالة تكون معدومة عند العقد وعند الرّدّ. وهذه الحالة الّتي تقدّم الكلام عليها، وذكرنا حكم الولد والثّمر وغير ذلك من الاستغلال. فإذا اشترى أمة لا حمل بها فحملت عنده ووضعت الولد، فحكمه في الرّدّ ما قدّمناه عن فقهاء الأمصار. وكذلك لو اشترى غنماً لا صوف عليها فنبت صوفها وكمل وجزّه، أو كانت لا لبن فيها فاحتلبه ثم ردّها، فإنّ ذلك كلّه غلّة فلا تردّ.

وأمّا إن اشتراها وفيها ثمر قد أبر، أو على الغنم صوف قد كمل وتمّ، فإنّ في هذا قولين: ذهب **ابن القاسم/** إلى أنّ لها حصّة من الثّمن، وتقدّر مبيعة مع أصولها. فإذا ردّ النّخل ردّ معها الثّمرة. ولو كان قد جرّها إذا كانت عينها

---

(1) تقدم تخريجه ص 444.

قائمة، وإن فاتت ردّ مثلها. ولم يوجب مع فوتها إمضاءها بحصّتها من الثّمن. كما رأى فيمن اشترى ثوبين أحدهما تبع للآخر ففات الأدنى، فإنّه إذا ردّ الأعلى بالعيب مضى الأدنى بحصّته من الثّمن ولم يلزم ردّ قيمته بدل عينه. بخلاف ما ذكره في **الموّازيّة** من أنّه يردّ قيمته بدل عينه، على حسب ما قدّمناه عن **ابن الموّاز** فيمن ردّ شاة بعيب وقد جزّ صوفها وفات، فإنّه يردّ وزنه أو قيمته إن لم يعرف وزنه. وإنّما خالف **ابن القاسم** أصله في هذا لما أشرنا إليه من كون الثّمرة إذا بيعت قبل الزهو على التبقية حرم ذلك وفسد العقد، ولو أمضاها بحصّتها كما فعل في الثّوب الأدنى إذا فات، لأمكن أنّ يكونا متعاقدين تواطآ على بيع الثّمر خاصة قبل زهوه بشرط التبقية، وأظهرا إضافة بيع الشّجرة إليها ليردّ بالعيب إذا حصّلا غرضهما من بيع الثّمر قبل الزّهوّ بشرط التّبقيَة. وأجرى ذلك مجرى بياعات الآجال الّتي ظاهرها حلال وباطنها ربّما تصوّر فيه معاقدة على الحرام.

واستبعد بعض أشياخنا التّهمة في مثل هذا لأجل كون الرّدّ بالعيب سببه من جهة أحد المتعاقدين.

وظاهر المذهب أنّهما لا يتّهمان إلاّ فيما دخلا فيه مدخلاً واحداً. وبياعات الآجال دخلا فيها مدخلاً واحداً أوّلاً وآخراً. ألا ترى أنّه قال في التّفليس: إذا اشترى نخلاً قد أبرت ثمرتها واشترطها المشتري وجدّها وفاتت، إنّما تمضي بحصّتها من الثّمن. كما قال في الثّوب الأدنى إذا فات لما بعدت التّهمة عنده، في أن يتواطآ على أنّ يبيع الثّمرة مفردة بشرط التبقية، لعلّ المشتري أن يفلس فيمضي البيع فيها بحصّتها من الثّمن إذا شاء.

وذهب **أشهب** إلى أنّه لا حصّة لها من الثّمن، فإذا فاتت وقد اشتراها وهي مؤبّرة، فإنّه إذا ردّ النّخيل بالعيب، استرجع جميع الثّمن. وكذلك إذا اشترى الصوف وقد تمّ، فإنّه إذا جزّه كان غلّة للمشتري فارتجع جميع الثّمن. وكأن **ابن القاسم** قدّر أنّ الثّمرة إذا كانت مؤبّرة يرغب فيها ويشحّ عليها. فلهذا لم تكن مع إطلاق العقد للمشتري على ما ورد الحديث به. وقدّر **أشهب** أنّها في حكم التّبع، ولا حصة للأتباع من الثّمن، ولهذا منع بيعها بشرط التّبقية إذا بيعت

مفردة، وإذا بيعت مع شجرها/ جاز ذلك لكونها تبعاً، فلو كان لها حصّة من الثّمن، لم يجز ذلك. ولو كانت بيعت تبعاً لأصولها كما يجوز بيعها مفردة.

والمعتبر في هذا الالتفات إلى العوائد، هل جرت بأنّها مقصودة لها حصّة من الثّمن أو في حكم المطروح الّذي لا حصّة له من الثّمن؟

ولو كان في الشّاة لبن حين العقد فاحتلبه ثمّ ردّها بالعيب،/ لم يردّه. قال: لأنّ أمره خفيف. فأشار إلى ما قلناه وأنّه هو المعتبر عنده. ففرّق بين الصوف إذا تمّ، واللّبن. وسنتكلّم على هذا إذا تكلّمنا على حكم المصرّاة، إن شاء الله تعالى. وقد ذكر في **الموّازيّة** عن **أشهب** ما يقتضي كون الثّمرة وإن لم تؤبّر لها حصّة من الثّمن. وهذا نقيض ما حكيناه عنه من كونها لا حصّة لها من الثّمن وإن كانت مأبورة. والمعروف من مذهبه ومذهب أصحاب **مالك** كونها لا حصّة لها من الثّمن إذا كانت لم تؤبّر حين العقد.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا اشترى الشّجر ولا ثمر فيها فأثمرت عنده فردّ الشّجر بالعيب وقد جدّت الثّمرة، فإنّها تكون غلّة في الرّدّ بالعيب، وفي أربع مسائل أخرى، منها ردّها في التّفليس، وفي الأخذ بالشّفعة، وفي الإستحقاق وفي البيع الفاسد.

فأمّا إن لم تفارق الثّمرة أصولها فإنّ الحكم في هذه الخمس مسائل مختلف.

فالمشهور في المذهب أنّها لا تردّ أصولها إذا أزهت، وإن لم تجد ولم تيبس، في الرّدّ بالعيب وفي البيع الفاسد.

وأمّا الشّفعة والإستحقاق فيردّ، وإن أزهت ما لم تيبس. فإذا يبست، لم يجب ردّها وإن كان لم يجدّها.

وفي التّفليس تردّ ولو يبست ما لم يجدها.

وقد اختلف في هذه المسائل، وقيل: إنّ الإبار فوت فيها، ولا تردّ إذا أبرت، كما لا تردّ إذا جدّت.

وكان أشياخي، رحمهم الله، يرون أنّه لا يتحقّق فرق يقتضي اختلاف هذه الأجوبة في الخمس مسائل. وأنّه يضاف إلى المذهب أنّ الفوت في جميعها الزّهو كما قيل في الرّدّ بالعيب والبيع الفاسد. ويقال في جميعها: إنّما الفوت اليبس كما قيل في الشّفعة والإستحقاق. ويقال في جميعها إنّما لفوت جدّها، كما قيل في التّفليس. وأمّا الإبار فمذهب انفرد وقع في المذهب من غير تخريج.

ومدار هذا الإختلاف اعتبار انطلاق هذه التّسمية عليها، وهي كونها غلّة، هل بالإبار، لكون الخبر الوارد اقتضى الإشارة إلى أنّ الثّمرة تكون مقصودة، ولهذا لم تخرج عن ملك البائع إلاّ باشتراط. وكذلك يجب أن تكون للمشتري إذا ردّ بالعيب. أو يقال إنّما المقصود طيبها وزهوّها، فحينئذٍ تباع تبعاً عامّاً وتؤكل تفكهاً. فإذا صارت إلى هذه الحالة تحقّق كونها غلّة. أو يقال: إنّها لا تدّخر إلاّ إذا يبست، ولا تتّخذ قوتاً إلاّ حينئذٍ، فلا تكون غلّة إلاّ باليبس. أو يقال: ما دامت لم تفارق الشّجر، فكأنّها جزء منها يجب ردّها معها، كسائر أجزاء الشّجر.

وإذا قلت إنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع اقتضى أنّها لا تردّ إذا أبرت لكون الّذي يردّها كبائع لها. وكذلك إذا سلكنا هذه الطّريقة في الشّفعة/ والإستحقاق، لا يتصوّر فيه هذا. وكذلك البيع الفاسد فهذه النّكتة المعتبرة في هذا الفصل وهو الوقت الّذي تكون فيه غلّة.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أمّا ضمان المشتري لهذه الغلّة إذا وجب عليه ردّها، فإنّه ساقط إذا لم يجدها وكان هلاكها في شجرها/ بأمر من الله سبحانه، فإنّه إذا اشتراها، وهي مأبورة، فاشترط الثّمرة أنّه يجب ردّها عند **ابن القاسم**، وإن جدها لكونها عنده لها حصّة من الثّمن، على حسب ما قدّمناه. ومقتضى هذا أنّ يكون المشتري ضامناً لها، لكونها مبيعة فاتت في يد مشتريها بأمر من الله تعالى، وهو لم يجدّها يقتضي ألأ حصّة لها من الثّمن. خلاف ما

حيكناه عنه من قوله: إنّه يجب عليه ردّها إذا فاتت لكونها لها حصّة من الثّمن، خلافاً لما ذهب إليه **أشهب**. واعتذر بعضهم عن هذا بأنّه إنّما لم يضمنها لكونها غير مقبوضة للمشتري. ولهذا منع أن يشتري النّخل المؤبّرة بطعام تكون الثّمرة يتأخّر قبضها، ولا يجوز التّأخير في بيع الطّعام بالطّعام. وعورض هذا الاعتذار بأنّ هذا يقتضي أنّ يرجع المشتري على البائع بثمنها لكونه ضامناً لها، ولو هلكت هذه الثّمرة بأمر من الله سبحانه بعد أن جدها البائع لضمنها لكونه قد حصل فيها القبض عن البائع.

وعورض هذا أيضاً بأنّها إذا كان لا حصّة لها من الثّمن، لم يعد ضمان المشتري لها، بل يقضَى له بارتجاع جميع الثّمن إذا ردّ الشّجر.

وقد قال بعض المتأخّرين: لو اشتراها بعد أنّ أزهت لضمنها، وإنّ لم تفارق الشّجر إذا هلكت بأمر من الله تعالى. يتبيّن وجهه إذا تكلّمنا على أحكام الجوائح في الثّمار.

وكذلك مال العبد إذا اشترطه المشتري، فإنّه إذا ردّه بالعيب، ردّ معه ماله ولو اكتسبه العبد من غير خراجه. ولو هلك وهو بيد العبد لم يضمنه المشتري بل يقضي له بارتجاع جميع الثّمن. ولو هلك هذا المال بعد انتزاعه لضمنه المشتري لأجل انتزاعه له واستبداده بملكه. وقد كان حصوله على جهة المعاوضة.

وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى ما قلناه من كون مال العبد، وإنّ اشترط، لا حصّة له من الثّمن. ولهذا جاز اشتراطه. وإن كان المال مجهولاً وإن كان فيه عبد أبق لمّا لم يقدّر أنّ في الثّمن الّذي بذله المشتري معاوضة على هذا العبد الآبق الّذي في جملة مال العبد. وإن كان قد وقع في **الموّازيّة لمالك**: إذا كان في مال العبد جارية حامل، فإنّ البيع جائز. وإن كان ولدها إذا وضع يبقى للبائع، ولا يدخل في الاشتراط. لأنّ المشتري إنّما اشترط ما يملك العبد وولده ليس بملك له. ووقف/ **ابن الموّاز** في هذا السؤال. ولعلّه يفرّق بينه وبين جواز اشتراط ماله وإن كان فيه آبق. لأنّ الآبق الظّاهر عدمه، فلا يقصد إلى بذل ثمنٍ

فيه. وهذه الجارية الحامل معينة ولها حصّة من الثّمن، ولا يجوز بيع أمة استثنى البائع جنينها. مع كون هذا العقد انعقد على تفرقة أم وولدها في الملك. وهكذا ذكر ابن الموّاز أنّه لو كان في مال العبد جارية رهنها سيّده، فإنّه يجوز هذا البيع. وإن كانت هذه الجارية لا تقبض إلاّ إلى أجل، وهو حين افتكاك السيّد الّذي رهنها لها. فإذا افتكّها عادت لعبده. ولا يجوز بيع جارية معيّنة تقبض إلى أجل. ولعلّنا أن نبسط هذا في كلامنا على حكم مال العبد، وكونه مالكاً له أو غير مالك.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله: والعيوب الموجبة للرّدّ هي ما أثّرت نقصاً في المبيع أو في الثّمن أو في التّصرّف أو خوفاً في العاقبة.

ومن ذلك نقصان الأعضاء، كالعمى والعَوَر والقطع والضَّلَع والزّمانة والخصى والإفضاء، ونقصان الأحكام كالجنون والجذام والبرص والعسر والزّعر وبياض الشّعر والإباق والزّنى والسرق والبخر، والزّوج والولد في العبد/ والأمة[1] والحمل والدّين.

ومن هذه العيوب ما يعمّ، ومنها ما يخصّ الرّائعة المرتفعة[2] المتّخذة للوطء، وذلك بحسب ما يعلم في العادة.

وزواله بعد الرّدّ مسقط للرّدّ، إلاّ أن يكون ممّا تبقى علاقته كالزّوجة والزّوج والإستدانة في سفه، وما أشبه ذلك أو[3] ممّا لا يؤمن عوده.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل خمسة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ بِمَ يستدلّ على كون النّقص عيباً على الجملة؟

2 ـ وما تفصيل القول فيه في الحيوان من جهة نقص من ناحية الجبلّة ومن ناحية الأحوال؟

---

(1) في غ: والزوج والولد عيبٌ في العبد والأمة.

(2) ساقطة في غ، والغاني.

(3) (أو) ساقطة في النّسختين، ثابتة في غ والغاني.

3 ـ وما تفصيل العيوب في غير الحيوان؟
4 ـ وما حكم ما لا يعلم عيبه إلاّ بعد نقض هيئته؟
5 ـ وما حكم عيب لا يثبت إلاّ بالشّرط.

فالجواب عن السؤال أنّ يقال: أشار القاضي **أبو محمّد** في هذا الكتاب إلى طرق الإستدلال على حقائق العيب وذكر ما حيكناه. ولكن قد يتداخل ما نوّعه لأنّه ذكر نقص المبيع، وهو إذا انتقصَ في نفسه انتقصَ ثمنه. وكذلك نقصه التّصرّف أو من تخوّف العاقبة. كلّ ذلك يرجع إلى نقص في الثّمن.

وهذه الحقيقة الّتي يعوّل عليها المحقّقون من أهل المذهب. فكلّ ما نقّص من ثمن المبيع إذا اطّلع عليه حين العقد، فإنّه إذا خفي من المشتري، حين العقد، كان له القيام به. لأنّا لو فرضنا أنّه يشتري عبداً فوجده قد قطعت أنملته، ولم يعلم بذلك، فإنّ الأنملة جزء من أجزائه يقابل مقدارها من أجزاء الثّمن. وهو لم يأخذ عوض هذا الجزء من الثّمن، فكان له في هذا المقدار الّذي دفعه ولم يأخذ عوضه مقال. وهذا واضح ولا يلتفت فيه إلى تنويع النّقص/ وتعداده من أيّ جهة كان. لكن إنّما يشكل هاهنا لو اطّلع في المبيع على وصف يكرهه النّاس، ولكن لا يحطّون من الثّمن لأجله شيئاً لو علموه، حين العقد، فإنّ هذا قد قال في **المدوّنة** في كتاب كراء الدّور والأرضين، في ثوب وجد فيه عيب خفيف لا يُنقص من الثّمن، فإنّه لا يردّ به، وإن اعتقد كونه عيباً، كعبد يباع وبه عيب خفيف، كالكيّ اليسير الّذي لا يحطّ من الثّمن، فإنّه لا يردّ به العيب، وإن كان عند النّخاسين عيباً. وقال **ابن الموّاز**: كلّ ما يكرهه النّاس فهو عيب، إذا اطّلع عليه، يوجب الرّدّ. فأطلق هذا من غير اعتبار بكون هذا الّذي ذكره ينقص من الثّمن.

فظاهر هذا أنّ المسألة على قولين إن لم يحمل قول **ابن الموّاز** على ما يكرهه النّاس، فإنّه ينقص من الثّمن، ويكون ذكره كراهيّة النّاس له تغنيه عن ذكر كونه ناقصاً للثّمن، لأنّ الغالب فيما يكرهه النّاس أنّه ينقص من الثّمن، لا سيما

إذا علم أنّه يثني عزيمة المشتري عن الشّراء أنْ لو اطّلع عليه عند العقد. ويكاد ألاّ يتصوّر هذا[1] في صور نادرة. فلو قلنا: إنّ من اشترى مقطعاً قد تهتّكت حواشيه، وهو يعلم أنّه لا ينتفع به إلاّ إذا فصل، وحواشيه تخرج في التّفصيل وتطرح. فهذا قد يستثقل وتضعف العزيمة، ولكنّه قد لا يحطّ من الثّمن شيئاً. أو ما اشتراه من المسائل الّتي يحكي فيها خلافاً. ويشير إلى تعلّقه بهذا الأصل.

لكن لو كان هذا الّذي ذكره من حال المبيع لا يعلم بل يكرهه قوم دون قوم. فإنّ من يعلم أنّه من الصنف الّذي يكرهونه ولهم غرض في ترك شرائه، ويقفون عنه، وينقصون من ثمنه لو اطّلعوا على حالته الآن حين العقد، يكون لهم الرّدّ. وأمّا من يعلم أنّه لا يكره هذه الحالة من المبيع، بل له غرض فيها، فإنّه لا مقال له.

وهكذا كان بعض أشياخي يرى فيمن اشترى/ عبداً فاطّلع على أنّه صقلبيّ أو اشترى جارية فاطّلع على أنّها مغنيّة، وهو ممّن لا يرغب في صقلبيّ ولا مغنية، فإنّ له الرّدّ بذلك، لكون الصقلبيّ يضعف عن العمل، والمغنيّة لا تستخدم. فإن كان ممن يرغب في ذلك، فلا يكون في حقّه عيباً يوجب الرّدّ.

وإنّما يبقى النّظر عندي في هذه أنّ من اشتراها وهو من قوم يرغبون في ذلك، قد يقول: قد احتاج إلى بيعها فلا يشتريها منّي القوم الّذي لا يرغبون فيها، ويشتريها من يرغب فيها فيقف عنها أيضاً من لا يرغب فيها.

وقد ذكر **أبو حامد الاسفراييني** إختلافاً عندهم فيمن اشترى جارية ثيّباً فإذا هي بكرٌ، أو اشترى جارية جَعْدة الشّعر فإذا هي سَبْطة الشّعر. فذكر عن بعض أصحاب **الشّافعي** أنّه يذهب إلى أنّ له الرّدّ إن اطّلع على أنّ الحال أفضل من الحال الّتي دخل عليها. قال **أبو حامد**: وهذا غلط لأنّه يقدر على أنّ يبيعها بأكثر من/ الثّمن الّذي اشتراها به، فأنت تراه كيف أشار إلى تمكّن المشتري من البيع بغير خسارة. وهذا هو المعتبر في حقائق العيوب.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلاّ في صور...

والجواب عن السؤال الثّاني أنّ يقال: أمّا النّقص في الرّقيق من ناحية الخلق، فإنّ العمى والعور والصُّفرة في العين والبياض عيوب توجب الرّدّ.

وكذلك الصمم والبكم ما لم يكن صغيراً لا يتبيّن بكمه.

وأمّا سقوط الأسنان فإنّ المذهب اتّفق على سقوط ضرسين عيب يوجب الرّدّ، سواء كان ذلك في عليّ الرّقيق أو وخشه، لأنّ ذلك يمنع من مضغ الغليظ، وتكسير الصّلب، وسرعة الأكل. وأمّا ضرس واحد فعيب في العلِيّة، وليس بعيب في الوخش، إلاّ أن يكون في مقدم الفم، فإنّه يقبّح منظرته. وهذا الّذي حكيناه، من اتّفاق أو اختلاف، المعتمد فيه على ما قدّمناه من اعتبار كون ذلك ينقص من الثّمن أو لا ينقص منه، ولكنّه يكره.

وأمّا الحمل فعيب في العليات. وأمّا الوخش من الخدم فاختلف قول **مالك** فيه، فروى عنه **ابن القاسم** أنّ ذلك عيب، وروى عنه **أشهب** أنّه ليس بعيب. وقال الشّيخ **أبو بكر ابن عبد الرّحمان**: محمل هذا عندي على أنّ هذه الحامل من العجم اللاّئي جلبن، وأمّا لو كانت من الخدم المقيمات بالبلد لكان عيباً، لأنّ هذا الحمل لا يخلو أنْ يكون عن زنى أو عن تزويج، وزنى الأمة عيب يوجب ردّها، وكذلك كونها ذات زوج.

وهذا الّذي قاله صحيح. وإنّما يبقى النّظر فيه إذا كان من زوج ولكنّ الزّوج طلّق أو مات، فإنّ طلاقه لا يرفع العيب. وأمّا موت الزّوج ففي كونه رافعاً للعيب اختلاف سنذكره.

وأمّا كون الأمة زلاّء صغيرة الكفل والرّدف، فإنّه ذكر في **المدوّنة** أنّه ليس بعيب. واختلف في تعليل ذلك. فأشار **ابن حبيب** إلى أنّ العلّة في ذلك كونه لا يخفى. وطعن في هذا بعض المتأخّرين بأنّ هذا التّأويل لا يليق بما قاله في **المدوّنة**، لأنّه قال: ليس هذا بعيب. ولو كان إنّما عوّل على أنّه لا يخفى، لكان الجواب أنّ يقول: لا قيام له به، ولم يُجب بأن يقول هذا ليس بعيب. وتأوّله كثير من المتأخّرين على أنّ المراد به أنّ هذا النّقص ليس بفاحش ولا خارج عن

العادة. ولو كان نقصاً خارجاً عن العادة لوجب الرّدّ. وفي كتاب **ابن الموّاز** إشارة إلى هذا التّعليل. وذكر أيضاً أنّ المشتري إذا اطّلع على أنّها صغيرة الصّدر، فإنّه لا ردّ له إلاّ أنّ يكون فاحشاً. وهذا الّذي أشار إليه يعضد تأويل هؤلاء الّذين تأوّلوا مثل هذا في أرداف الأمة وصغرها.

وأمّا وجود الشّيب في شعر الرّائعة وهو كثير، فإنّه عيب بغير خلاف. وأمّا القليل من/ الشّيب فظاهر الأمر أنّ المذهب على قولين، أحدهما: وجوب الرّدّ بالشّيب في الجارية العلية/ قولاً مطلقاً من غير تقييد. والقول الثّاني: اشتراط كون الشّيب كثيراً. وهذا أيضاً إنّما يعتبر فيه ما قدّمناه من كون هذا ينقص من الثّمن. والوخش ليس الشّيب بعيب فيهنّ، إذ لم ينقص من الثّمن.

وأمّا كون الجارية مستحاضة، فإنّه عيب في العلي والوَخْش لكونه يضعف البدن ويسقم، وربّما أدّى لاجتناب الأمة إذا كانت للوطء.

وأمّا ارتفاع الدّم، والجارية في سنّ من تحيض، فإنّ **ابن حبيب** ذكر أنّ الإستحاضة إذا كانت تعرض للأمة بعد مدّة، فإنّ على البائع أنّ يبيّن ذلك. فإن لم يبيّنه، كان للمشتري أن يردّ. وأمّا ارتفاع الدّم مرّة بعد مرّة فلا على البائع بيانه.

واعتذر بعض المتأخّرين عمّا ذكره، في **المدوّنة** ممّا ظاهره اختلاف الجواب في تأخيره شهرين بأنّ قال في أحد اللّفظين: تأخير الحيض في استبرائها، والمراد به تأخّره بعد انقضاء مدّة الإستبراء. وقال في اللّفظ الآخر: تأخّر شهرين من يوم الشّراء، فشهر من تاريخ مدّة الشّراء هو أمر الإستبراء المنتظر، والشّهر الثّاني هو الزّائد على المعتاد. وقد ذكر في كتاب **ابن الموّاز** ما ظاهره الاضطراب في التّحديد في الشّهر وفي أكثر منه وذكر أنّ الطّول أربعة أشهر. وذكر أيضاً أنّه إذا مضى ثلاثة أشهر نظر إليها القوابل، فإنّ قلن لا حمل بها ساغ للمشتري وطؤها، وإن شاء استمك بها. وإن تمادى تأخر الدم، كان له الرّدّ لما يلحقه من الضّرر إذا أراد البيع. وذكر **ابن شعبان** عن **مالك** و**المغيرة**

وابن دينار أنّه إذا مضى خمسة وأربعون يوماً مكّن البائع من الفسخ، إن أراده، لما يلحقه من الضّرر في الانتظار. ومدار هذا كلّه على ما أشار إليه في **المدوّنة** من اعتبار حصول الضّرر. فإنّه إذا حصل، كان للمشتري مقال في فسخ البيع لأنّه لم يشتر إلاّ ما ينفعه لا ما يضرّه.

وممّا يعدّ عيباً أيضاً من ناحية الفرج هو أنّ يكون العبد والأمة يبولان في الفراش. فإنّه إذا كان ذلك، وهما من الصّغر بحيث لا يستنكر ذلك فيهما، فلا مقال للمشتري. وإن بلغا السنّ الّذي يستنكر ذلك فيه، ويثبت أنّ ذلك كان عند البائع قبل عقد البيع، فللمشتري الرّدّ. وإن لم يثبت ذلك، فإنّ **محمّد بن عبد الحكم**/ لم يرَ له تأثيراً لجواز أن يكون العبد أو الأمة كرها من اشتراهما فتعمدا البول في الفراش ليردّهما. والظاهر من المذهب أنّ هذا من التّجويز البعيد الّذي لا يسقط الحقوق. فذكر **ابن حبيب** أنّه ينبغي إن توقف على يد امرأة أو رجل له امرأة، فإن نظرت إلى الفراش لمّا أصبح وهو مبلول وأخبرت بذلك، فإنّه يوجب على البائع اليمين لثبوت هذا اللّطخ، وإن لم يثبت هذا اللّطخ، فلا يمين عليه. وإن كان المشتري هو المحاول إثبات هذا عند القاضي، فإنّه لا يقبل فيه إلاّ شهادة عدلين أبصرا ذلك.

وأمّا الخَنَث في الذّكرَان والفحولة في النّسوان، فإنّ في **المدوّنة** أنّ ذلك عيب يردّ به/ العبد والأمة. وشرط في الأمة أن تشتهر بذلك. لكن **ابن حبيب** فسّر هذا العيب المجمل في كتابه، فذكر أنّ **مالكاً** إنّما يجعله عيباً إذا كان الذّكر يؤتى، والأنثى فحْلَة لشرار النّساء. وأمّا التّأنيث من جهة التكسر في المعاطف والنّظر والنّطق، فإنّ هذا ليس بعيب يردّ به.

وقد حمل الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** قول **ابن حبيب** هذا على أنّه مخالف لمذهب **المدوّنة**، وأشار إلى أنّه لا يشترط في **المدوّنة** كون المخنّث يؤتى، والجارية تراضع[1] النّساء.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلّ الصواب: تباضع.

وخالفه بعض المتأخّرين في هذا التّأويل. وأشار إلى كون **ابن حبيب** مفسراً لما أجمله في **المدوّنة** لا مخالفاً فيها. وردّ الشّيخ **أبو عمران** قول **ابن حبيب** بأنّه قد اشترط في **المدوّنة** كون الأمة اشتهرت بذلك، ولو كان المراد بذلك حصول الجماع بين الذّكرين أو الأنثيين، لكان وقوع ذلك مرّة واحدة عيباً لا يحتاج فيه إلى التّكرار. وإنّما قيّد في الأمة بالاشتهار لكون فحولتها لا تضعف شيئاً من أعمالها، لكن اشتهارها بهذا نقص وعيب. وقد جاء في الحديث أنها **ملعونة**[1]، فإنّه يستدلّ بخنثه في حركاته وألفاظه على ضعف قوّته وعمله. والضّعف عيب وإن لم يشتهر.

وأمّا البكارة والثّيوبة فإنّها لا يلزم البائع بيانها. ولا يردّ المشتري بالثّيوبة إذا لم تشترط في أصل العقد، إلاّ أنّ تكون الأمة في سنّ من لا تقتضي[2]، فإنّ ذلك يقوم مقام الاشتراط أيضاً، ويكون للمشتري الرّدّ بالثّيوبة. ولو قال المنادي عليها: إنّها تزعم أنّها بكر، فإنّ ذلك يقوم مقام الاشتراط لكونها بكراً، ولا يلزم البائع أنّ يبيّن أنّها ثيّب، ولا يمكّن المشتري من الرّدّ عليه إذا باع مطلقاً. وهذا عندي إنّما يتّجه إذا كانت الثّيوبة أمراً غالباً فيحمل الإطلاق عليه، ويظنّ أنّ المشتري عليه دخل. لكن ذكر في الرّواية أنّ المشتري لو قال للبائع: أبكر هي أم ثيّب؟ فقال: لا علم لي، فإنّه يصحّ البيع ولا يردّها بالثّيوبة. ولم يرَ هذا تخاطراً وعقداً[3] بيعاً على صفة مجهولة لم يُحِطْ بها المتبايعان، والثّمن/ يختلف باختلافهما. فهذا ممّا يتعقّب جواز العقد عليه إلاّ أن يعتذّر عن هذا بأنه أمر يعسر الكشف عنه وتدعو الضّرورة إلى عقد البيع عليه مع الجهالة به، فيكون في هذا نظر. ولعلّنا أن نبسطه في الكلام على العيوب الباطنة، كعيب الخشب، وشبهها.

وأمّا العَسَر وهو الّذي لا يعمل إلاّ بيساره، فإنّه عيب. وأمّا الأضْبط وهو الّذي يعمل بكلتا يديه، فإنّه ليس بعيب إلاّ أن يُنتَقَصَ عمل اليمين منه عن

---

(1) فتح الباري ح15 ص173.

(2) هكذا في النّسختين: ولعل الصواب: تفتض.

(3) هكذا في النّسختين، ولعلّ الصواب حذف: عقدا.

المعتاد لأجل مشاركة الشّمال لها في القوّة، فيكون ذلك عيباً. هكذا وقع في الرّواية، ولم يلتفت فيها إلى جبران نقص اليمين بقوّة اليسرى، ولا جبر هذا بهذا. هذا القول في تفصيل النّقص والعيب من ناحية الجبلّة والطّبيعة.

وأمّا من ناحية الأحوال، فإنّ الأمة والعبد إذا اطّلع على كونهما سرقا أو شربا الخمر، فإنّ ذلك عيب يوجد الرّدّ للمشتري إذا طلبه.

وأمّا الاطّلاع على أنّ الأمة زنت، فإنّه عيب أيضاً يوجب الرّدّ.

وأمّا الاطّلاع على كون العبد قد زنى، فعندنا أنّه عيب فيه. «وخالف في ذلك **الشّافعي** ورأى أنّ هذا لا يؤثّر في ثمن العبد، ويؤثّر في ثمن الأمة وفي الغرض منها لكونها قد تقبّل وتضاجع. وأجيب عن هذا بأنّ العبد قد يناجيه سيّده، ويضطّر إلى ذلك، فيتأذّى من رائحته فيحطّ ذلك ثمنه[1]».

وكذلك الزّوح عندنا للأمة والزّوجة للعبد عيب لا سيما في الأمة مع كون ذلك يمنع مشتريها من الاستمتاع. وبهذا ردّ أصحابنا على **الشّافعي**/ إنكاره كون ذلك عيباً فيها. ولو وقع الطّلاق قبل أن يقوم المشتري بهذا العيب ما ارتفع حكم العيب لكون العبد أو الأمة يتوقّع حنين كلّ واحد منهما إلى من كانت بينه وبين زوجته ومن كان سكناً له وصار بينهما مودّة ورحمة. والعيب إذا زال وتتوقّع عودته، فإنّه كما لم يزل. لكن لو مات أحد الزّوجين، لكان في ارتفاع العيب قولان. أحدهما لا يرتفع قياساً على الطّلاق بفساد الطّبع كالألفة للزّوجة، فيعسر استقامة العبد أو الأمة من فقد ذلك. والقول الآخر أنّ العيب يرتفع لأنّ الموت يوجب الإياس من حنين بعضهما إلى بعض.

وقد وقع في الرّواية فيمن اشترى أمة وهي في عدّة من طلاق لم يعلم به حتّى انقضت العدّة، فإنّه عيب قد ارتفع بانقضائها. ومحمل هذا على أنّه علم بالزّوجيّة والطّلاق وظنّ أنّ العدّة قد فرغت، ولو كان يعلم[2] بالزّوجيّة، لم

(1) يظهر أن في الكلام نقصاً إذ ما بين القوسين متعلق بالبخر وليس بالزنى.

(2) هكذا ولعل الصواب لم يعلم.

يرتفع العيب كما بيّناه، وذكر في الطّلاق أنّه لا يرفع العيب. وقد يقال هذا أيضاً على أنّه لو اطّلع على ذلك وهي في أوّل العدّة، فيطول انتظاره لتحليلها له. وأمّا لو كان بعد شهر وبقي من العدّة شهر آخر وهو مقدار استبرائها/ بحكم الشّراء، فإنّه لا مقال له.

وأمّا وجود أقارب قريبة جدّاً كالوالدين والبنين، فإنّ ذلك عيب يردّ به المشتري إذا لم يعلم به حين العقد، لكون هذه القرابة القريبة تستدعي الألفة والانقطاع للآباء والبنين وإسعافهم ولو بما في يد العبد أو الأمة من قوت وذلك يضرّ بسيّده.

وأمّا إن كانت القرابة بعيدة كالعمومة وبنيها، فإنّ ذلك ليس بعيب لفقد العلّة الّتي أشرنا إليها في هذا. هكذا وقع في الرّواية، وينبغي أنّ يرجع فيه إلى العادة في أمثالهم.

وأمّا الأجداد فلم يلحقوا إلاّ[1] بالآباء. لكن بعض المتأخّرين مال إلى أنّ الجدّة للأمّ في حنين ولد ابنتها إليها، فقد يفسده، وفي ذلك على سيّده ضرر.

ولو مات أحد من هذه القرابة القريبة قبل الرّدّ بالعيب لارتفع القيام به.

وأمّا إنّ وجد في أباء الأمة أو العبد مجذوماً، فإنّه عيب يوجب الرّدّ لكونه تبقى غائلته في النّسل. وقد يكون الجذام من فساد في النّطف فيعدي ذلك في النّسل.

وأمّا الجنون فيردّ به العبد والأمة، وإن كان أحد من الآباء، وذلك لفساد في الطّباع بأن يكون حكمه حكم الجذام إذا وجد بأحد الآباء. وأمّا إن كان من مسّ الجنّ، فإنّ ذلك لا يخشى منه على النّسل.

وأمّا إن كانت الأمة أو العبد أولاد زنى، ذكراً أو أنثى، من العلية، يرد بذلك لكونه نقصاً فيهم. واختلف في الوخش هل ذلك عيب فيهم أم لا؟ وأمّا إن وجد أحد آبائه أسود، فإنّه ليس بعيب في الوخش. واختلف في العليّة هل هو عيب لما يتوقّع من خروج الولد أسود. وقد أشار عليه السلام في الحديث إلى هذا المعنى،

(1) هكذا ولعل الصواب حَذف إلاّ.

فقال: لعلّ عرقاً نزعه[1]. أو ليس بعيب لكون ذلك ممّا لا ينقص من الثّمن.

وأمّا إن وجد العبد أغلف والأمة غير مخفوضة، فإن كان ذلك في رقيق العجم المجلوب، ولم تطل إقامته عندنا، فإنّ ذلك ليس بعيب لكون المشتري على ذلك دخل، وإن كانوا ممّن طالت إقامتهم عندنا، أو ولدوا عند المسلمين، فاختلف فيه هل هو عيب أم لا في الوخش؟ وأمّا العلي هو عيب فيه.

ولو ثبت أنّ الأمة ادّعت على سيّدها أنّه أولدها وأنّها حرّة، فإنّ ذلك عيب/ ، للمشتري أن يردّ المبيع لأجله. لكون ذكرها لهذا ممّا يشكّك في وطئها وغشيانها واستباحتها.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: أمّا العيوب فيما سوى الحيوان، فإنّه إمّا أن يكون داراً أو ثياباً أو ما في معناهما من السلع. فأمّا إن كان في دار، فإنّه قال في **المدوّنة**، فيمن اشترى داراً فوجد بحائط منها صدعاً إنّه إن كان يخاف على الدّار أن تنهدم بسببه كان له الرّدّ به، وإن كان لا يخاف ذلك، فلا ردّ له. ووقف في الجواب عن[2] هذا. لكن **ابن الموّاز** ذكر أنّه لا يردّ/ به، ولكن يرجع بقيمة العيب إذا كان يسيرا. قال: وكذلك في كلّ عيب. وهذا الّذي ذكره **ابن الموّاز** هو الظّاهر المراد بما أطلقه **في المدوّنة**. .

لكن ذكر في كتاب القسم من **المدوّنة** أنّ أحد الشّريكين إذا اطّلع فيما صار له بالأقسام في الرّبع على عيب يسير، فإنّه يقضى له بقيمته.

وقد أكثر المتأخّرون القول في الفرق بين الدّيار وما سواها من المبيعات الّتي كان الحكم فيها أنّه لا يقضى له بقيمة العيب مع القيام يسيراً كان أو كثيراً، وإنّما يقضى بالرّدّ أو الإمساك. فقيل: لمّا كانت الدّيار المراد بها القنية والسكنى لا الإدارات والتّجارة لم يؤثر العيب اليسير في عينها تأثيراً يوجب الرّدّ. لكن يوجب ردّ ما نقص من الثّمن لئلاّ يكون البائع أمسك جزءاً من الثّمن من غير أن

(1) فتح الباري ح15 ص 191.

(2) في المدنية: هل، وكلا النسختين لا يؤدي ما فيهما المعنى، ولعل الصواب: عند.

يدفع عوضه.

وقُدِح في هذا بأنّ هذا التّعليل يقضي بأن لا يأخذ قيمة العيب، وقد أشرنا نحن إلى الإعتذار عن هذا الإلزام.

وقيل: إنّما الفرق أنّ الدّيار لا يحاط بعيوبها اليسيرة، فصار ذلك عذراً في المنع من ردّها.

وقد قدح في هذا أيضاً بأنّ الرّقيق يكتم عيبه حتّى لا يكاد يحاط به، ثمّ مع هذا لم يمنع هذا من ردّه.

وقيل أيضاً: الفرق أنّ الدّيار لا يكاد تخلو من عيب يسير. فلو قضى بالرّدّ لأجل العيب اليسير مع كونها لا تنفكّ عنه، لكان في ذلك ضرر بالمتبايعين.

وقدح في هذا أيضاً بأنّه يقضي بأن لا يرجع بقيمة العيب. وهذا أيضاً يجاب عنه بمثل ما قدّمنا من الإشارة إليه.

وقيل أيضاً: الفرق أنّ الدّيار لا تباع في الأسواق غالباً ويعرض فيها، كما يعرض سائر السلع، فلو قضينا فيها بالرّدّ بعيب يسير، لأضرّ ذلك بالبائع لكونه لا يجد بيعها كما يبيع السلع الّتي لا يطول السوق بها، ويضرّ ذلك بالمشتري لكونه لا يتأتّى له شراء مثلها على الفور.

وقيلّ إنّ العيب اليسير منها يجري مجرى استحقاق اليسير منها لكونها ذات أجزاء، والدّار إذا استحقّ منها الثّلث فأكثر، وجب ردّها، وإن كان أقلّ من ذلك، لم يجب للمشتري ردّ ما لم يستحقّ.

وهذا أيضاً يقدح فيه بأنّ العيب اليسير فيها قد يسري إلى بقيّتها، بخلاف استحقاق ثوب من ثياب كثيرة. على أنّ بعضهم لم يعتبر في الاستحقاق الثّلث، وإنّما اعتبر ما يضرّ.

ووكّد قياسهما على الاستحقاق قوم آخرون بأن أحد جدرانها الأربع الجنوب والشمال والغربي والشّرقي لو استحقّ، لم يكن به للمشتري مقال. وكذلك ينبغي أن يكون العيب اليسير. وهذا أيضاً ممّا لا يستقلّ بنفسه. بل

يعارض بما في استحقاق أحد جدرانها الأربع. وإن سلم ذلك فلكون المشتري لا يلتفت إليه ولا يعرج عليه.

وقيل أيضاً: إنّما الفرق كون الدّار يصلح عيبها بأن توقع[1] حتّى تعود كما كانت أوّلاً قبل أن تفسد، فصار العيب يقدَر على/ رفعه، فلم يوجب الرّدّ، ولكن أوجب القيمة، لأنّ العيب/ لا يرفع إلاّ بخسارة. وألزم على هذا أن يكون الثّوب لا يردّ بالعيب لكون الرتق يرفع فساده كما يرفع التّرقيع لِمَا انثلم من الدّار فسادها. فقد صار إلى هذا بعض المتأخّرين ورأى أنّ المقاطع لا ترد بالعيب اليسر. وهذا الّذي ذهب إليه هذا خلاف أصول المذهب وقواعده.

فأنت ترى ما ذكروه من هذه الفروق الستّة وما قدح به فيها. والنّكتة الّتي يحوم عليها الجميع اعتبار الضّرر بالعيب وحصوله، والنّظر في مقداره فيما يخفّ ويكثر.

وقد ذهب بعض الأندلسيين إلى أنّها تردّ بالعيب اليسير كما تردّ سائر السلع. ورأى أنْ لا فرق بين الدّيار والعروض في التّمكين من ردّها بالعيب اليسير. وهذا هو مقتضى القياس والظّواهر. وإنّما سلك الآخرون ذلك لما أشرنا إليه من اختلاف أحوال المبيعات في حكم الضّرر بالعيب ومقداره.

وإذا تقرّر أنّها لا تردّ بالعيب اليسير، فما مقدار هذا اليسير؟ قال بعض الأشياخ هو ما كان لا يأتي على معظم الثّمن. فإذا أتى على معظم الثّمن، كان ذلك عيباً كثيراً يوجب الرّدّ. وقال بعضم: اليسير فيه ما نقص عن الثّلث. وأشار بعضهم إلى اعتبار كون العيب شاملاً لسائر الدّار من جهة التّأثير والقصد كبطلان بئرها بطلاناً لا ينصلح، أو ما جلها، أو سقوفها أو قناتها. ورأى أنّ ما كان كذلك يوجب الرّدّ لأنّه كعيب استولى على الكلّ.

والجواب عن السؤال الرّابع أنّ يقال: أمّا ما لا يمكن الإطّلاع على باطنه إلاّ بعد نقض هيئته، كخشب اشتريت فنُشِرت، فوجد باطنها عفِناً أو مسوّساً. أو جوزاً وقثّاء وشبه ذلك، فكسر فوجد باطنها فاسداً. أو جلوداً لم يظهر ما فيها

---

(1) هكذا ولعل الصواب تُرَقَّع.

إلاّ بعد دبغ أو قطع، فإنّ عن **مالك** في تمكين المشتري من الرّدّ بهذا العيب روايتان. وكذلك **للشّافعي** في ذلك قولان. وبإثبات الرّدّ قال **أبو حنيفة**. والمشهور عن **مالك** وأصحابه ألاّ ردّ بهذا العيب. لكن حكى القرويون عنه روايتين. وكذلك قال **الأبهري**: إنّ المدنيين من أصحاب **مالك** رووا عنه إثبات الرّدّ بهذا العيب، منهم **المغيرة** وغيره. وذكر **ابن حبيب** أنّ هذا إنّما يمنع به الرّدّ إذا كان عيباً في أصل الخلقة. وأمّا إذا كان حدث بعد الصحّة وسلامة الخلقة، كعفن وشبهه حدث بعد الصحّة لسبب اقتضاه، فإنّه يجب به الرّدّ. وحمل بعض الأشياخ هذا على أنّه قول ثالث في المذهب. وما أراه كذلك لأنّ **ابن حبيب** أشار إلى أنّ هذا الّذي حدث ممّا يعلمه قوم ويجهله آخرون، والكلام في هذه المسألة إنّما صوّرناه فيما يستوي المتبايعان في الجهل به ولا يمكن أحد معرفته، لا سيما وهذا الحادث بعد الصحّة/ ربّما كان عن سبب يعلمه البائع، مثل وضعه الخشب في مكان يظنّ من جهة العادة أنّه يفسدها.

فإذا تحقّقت الخلاف في هذا فسببه أنّ من نفى الرّدّ بهذا، قال: لم يزل الأمر جارياً في سائر الأمصار على مرور الأعصار ببيع الدّيار مع كون باطن بنيانها مستوراً عن عين النّاظر لها. وقد يكون بحجر مكسور أو صحيح ولا ينكر هذا منكر. فاقتضى هذا وقوع العقد على ظواهر الأمور دون بواطنها.

وهذا الاعتلال قد يجاب عنه بأنّ هذا غرر غير مقصود، ولا يقدر على رفعه. ولو اطّلع على أنّ البناء الباطن بخلاف ما جرت به العادة ممّا يعلم أنّه لا يدخل عليه المشتري لكان له بذلك مقال. وقد ذكر **ابن الموّاز** عن **مالك** إشارة إلى قريب من هذا المعنى. فذكر عنه أنّه قال: هذا/ الأمر ثابت، عليه يدخل البائع والمشتري، والتبايع على ذلك وقع. وهذه منه إشارة إلى أنّ هذا العقد وقع بالبراءة من هذا العيب الباطن، وسومح فيه بالبراءة للضّرورة إلى **ذلك**، وكونه غرراً غير مقصود.

وأمّا من أثبت الرّدّ، فإنّه يقول: مطلق العقد يقتضي سلامة المبيع من

العيب، وإن لم يشترط السلامة. فإذا لم يوجد الخشب أو الجوز سالماً، فقد وجب له أنّ يردّ. فيكون الإطّلاع عليه حال العقد لا يرفع حقّ المشتري فيما ثبت له ممّا دخل عليه من سلامة المبيع، كما لو اشترط سلامته. وقد ورد الشّرع بالرّدّ بعيب التّصرية مع كون المشتري لا يعلم التّصرية **حال العقد**. ويجاب عن هذا بأنّ التّصرية علمها البائع ودلس بها، ويمكن أنْ يعلمها غيره حين العقد. فلم يكن كمبيع لا يمكن أن يعلم عيبه حال العقد أحد المتبايعين.

وقد وقع في **الموّازيّة لأشهب** وغيره: أنّ ما يمكن اختباره والاطّلاع على عيبه حال العقد، كالجوزة والجوزتين وقثاءة واحدة أو قثّاءتين، فإنّ هذا يردّ به إذا وجد باطنه رديّا. وهذا وإن أطلق **مالك** الجواب في كون القثّاء لا تردّ إذا وجدت مرّة، فطرْد ما قدّمناه من التّعليل يقتضي إذا أمكن العلم بباطن القثاءة الواحدة والعدد اليسير من القثاء قبل أن يُقطع، مثل أن يذاق باطنه بشيء يدخل فيه، وتختبر الجوزة والجوزتان إختباراً يعرف به حالهما قبل الكسر. وأمّا الأحمال من القثاء وما لا يمكن اختبار جميعه، ففي **الموّازيّة** أيضاً أنّه لا يردّ به إلاّ أنّ يكون كلّه مرّاً أو أكثره. فإنّ الحمل إذا كان كلّه مرّاً لا يكاد يخفى ذلك على بائعه.

وأمّا البيض فإنّه يردّ بالعيب إذا اطّلع عليه بعد أن كسر، لكونه ممّا يعلم فساد باطنه قبل كسره.

وهذه المبيعات الّتي ذكرنا أنّها لا تردّ بالعيب الباطن لازمة للمشتري/ كسرت أو لم تكسر. وما ذكرنا من أنّه يردّ بالعيب الباطن، فإنّ المشتري لا مطالبة عليه في كسره إن كان البائع مدلّساً وله الرّدّ بالعيب، إلاّ أن يقطع ما يقطع أو ينحت من العود ما ينحت ويصير في حكم الفائت، فإنّه لا يردّه وإنّما له قيمة العيب على ما قدّمنا ذكره.

لكن[1] فيمن قطع ثوباً، دلّس البائع بعيبه، قطعاً لا يقطع عليه مثله، كقطعه تبابين. وأمّا إن كان البائع غير مدلّس، فإنّ للمشتري أن يرد المبيع،

---

(1) هكذا.

ويردّ ما نقصه القطع.

وإن كان ذلك بيضاً وكسره ثمّ اطّلع بعد كسره على عيبه، فإنّه يقضى له بقيمة العيب، ويعدّ ذلك كفوت المبيع. هذا إذا كان ممّا يسوغ بيعه، وأمّا إن كان فساده من جهة أنّه صار كالميتة لا يؤكل، فإنّ البائع يردّ الثّمن كلّه.

والجواب عن السؤال الخامس أنّ يقال: قد ذكرنا حكم العيوب الّتي تتضمّن السلامة منها إطلاق العقد. فأمّا ما لا يتضمّنه إطلاق العقد، لكنّه اشترط في أصل العقد، فإنّه متى وافق المبيع شرط المشتري فواضح ألاّ مقال له. وإن خالف المبيع شرطه، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يجد المبيع على صفة هي أدنى ممّا اشترط، كعبد بيع على أنّه من قبيلة، فوجد من قبيلة أخسّ منها وأقلّ ثمناً، فإنّ هذا للمشتري الرّدّ به.

وإن وجد المبيع على صفة هي أفضل وأعلى ثمناً ممّا اشترط، فإنّه لا مقال له، إلاّ أن يتبيّن له غرض فيما اشترطه، فإنّه من حقّه الرّدّ، وإن كان المبيع على صفة هي أعلى ممّا اشترط، مثل أنّ يشتري أمة نصرانيّة فوجدها مسلمة، فإنّه لا ردّ له، لكون المسلمة أفضل من النّصرانيّة. إلاّ أن يعتلّ المشتري أنّه إنّما اشترط/ كونها نصرانيّة لكونه أراد أن يزوّجها عبداً له نصرانيّاً، فإنّ هذا إذا علم صحّة عذره كان الرّدّ له.

وكذلك إذا اعتذر أنّه سبقت منه يمين ألا يملك مسلمة.

وأمّا لو اشترط صفة فوجد المبيع على صفة أخرى لا يتّضح تفاوت ما بينهما في الجودة والدّناءة، ولكنّ الصفتين متقاربتان تقارباً تختلف أغراض النّاس فيه، فإنّ له الرّدّ بذلك. وقد مثل في الرّواية هذا برجل اشترى أمة على أنّها خراسانيّة، فوجدها بربريّة أو على أنّها بربريّة فأصابها خراسانيّة، أنّ له الرّدّ بذلك لأجل اختلاف أغراض النّاس في هذين الجنسين. ومثل أيضاً في الرّواية اختلاف الجنسين بأمة بربريّة أو صقلبية. فذكر أنّ من شرط صقلبية فوجدها بربريّة لا ردّ له، لكون البربريّة عنده أفضل. قال: إلاّ أن يكون اشترط ذلك لما يخاف من حريّة البربريّة وسرقتهنّ، فإنّ هذا عذر له يوجب له الرّدّ.

وقد اختلف النّقلة في قوله/ : وحرّيتهنّ. فقال سحنون: وحرّيتهنّ معنى سرقتهنّ أنّهنّ يسرقن وهنّ أحرار. وهذا التّأويل يكون مؤكّداً لرّواية من روى وحرّيتهنّ.

وقد قيل للشّيخ **أبي بكر بن عبد الرّحمان**: إنّ النّصرانيّة عند أهل **صقليّة** أعلى ثمناً من المسلمة. فقال: إذا اشترط كونها نصرانيّة فوجدها مسلمة والأمر كذلك عندهم، فإنّ له الرّدّ، وأنا أستعظم أن أجعل الإسلامَ عيباً. وهذا الّذي قاله طرد ما قدّمناه من الرّواية في أنّ من وجد أفضل من شرطه لا ردّ له إلاّ أن يكون له غرض فيما اشترط.

وقد ذكر في **المدوّنة** أنّ **مالكاً** سئل عن رجل اشترى أمة ليتخّذها أمّ ولد فوجدها عربيّة، فأراد ردّها، واعتلّ بأنّه إذا أعتقها جرّ العرب ولاءها، ولم يكن ولاؤها لولده. فلم يرَ له **مالك** هذا يوجب الرّدّ ولم يعذره به. واعتذر المتأخّرون عن قوله: جرّ العرب ولاءها، فقالوا: المراد به ميراثها، وأخذ ما تترك من مال. وأمّا الولاء فلم يجرّه عن العتق أحد، إلاّ في بعض الصّور الّذي نذكر في كتاب الولاء.

واختلف المتأوّلون فيما اعتلّ به السائل **لمالك**، فقال المغامي: مراد السائل أنّها إذا كانت عربيّة، فإنّها تنسب للقبيلة الّتي هي منها، وتشتهر بذلك حتّى يندرس كون هذا الّذي أعتقها يستحقّ ولاءها.

وقال بعض الأشياخ: إنّما المراد أنّ الغالب وجود عاصب لها يرثها بالنّسب، والنّسب مقدم على الولاء، لكون العربيّة يحتفظ على نسبها ويعلم أصلها، بخلاف العجميّات اللاّتي لا يعرف لهنّ جدود أسلاف.

وقيل أيضاً إنّ مراد السائل أنّه يعلم أنّ لها عاصباً جهل أمره فلا تورث بالولاء، ويتصدّق بمالها كما يتصدّق باللّقطة الّتي جهل مالكها، واعتقد السائل غلطاً منه أنّ هذا هو الحكم، فردّ عليه **مالك** غلطه وأخبره أنّ هذا ليس بعذر. إلى هذا أشار بعض المتأخّرين.

ولكن لو كان هذا هو مراد السائل، لوجب ذلك في العجميّات أيضاً لأنّه يعرف أنّ العجميّة لا بدّ لها من عاصب، ولكنّه مجهول أيضاً. وإن افترق الحال بكون العجميّة لا يرجى العثور على عاصبها ويرجى ذلك في العربيّة.

وقد سئل **يحيى بن عمر** عن قرشيّ تزوّج أمة رجل من العجم واستولدها، وأعتق سيّدها ولدها، فقال **يحيى بن عمر**: ينسب هذا الولد إلى **قريش** كأنّه ما مسه رقّ قطّ. واحتجّ بما نقلناه عن مالك في **المدوّنة**، فأشار بهذا القول إلى أنّه لا يكون للمعتق ولاء إذا كان المعتَق عربيّاً. فإنّ هذا قد صرّح به بعض الأندلسيّين، فقال: **مالك** وأصحابه مجمعون على أنّ من أعتق عربيّاً، فإنّه لا ولاء له بعتقه، إلاّ **أشهب** فإنّه قال: الولاء للمعتق اتّباعاً لعموم قوله/ عليه السلام: «**الولاء لمن/ أعتق**»[1]. ولم يفرّق بين كون المعتق عربيّاً أو أعجميّاً. وذكر **ابن شفاعة**: أنّ فقهاء الأمصار مجمعون على أنّ الولاء للمعتق، وأنّ أهل العلم لم يختلفوا في أنّ الجاهليّة كانت تسبي بعضها بعضاً. وقد سبي **زيد بن حارثة** واشترته **خديجة** ووهبته للنبيّ فأعتقه، فكان ولاؤه له ﷺ. وسبت **الرّوم صهيب بن سنان** فاشتراه **أبو بكر** رضي الله عنه فأعتقه، فكان ولاؤه له. وهذا الّذي ذكرناه من الخلاف يقتضي ظاهر الشّرع كون الولاء للمعتق، وإن كان المعتَق عربيّاً. ولا معنى لهذه التّفرقة بين كونه عربيّاً أو أعجميّاً، إلاّ أن يقال: لا بدّ للعربي من عاصب يعلم، فلا ينقطع الولاء هاهنا لوجود نسب هو مقدّم في الشّرع عليه.

وقد كنّا أشرنا إلى أنّ العيب يردّ به وإن لم يشترط السلامة منه في أصل العقد. لكون ذلك كالمشترط في العرف عند المتعاقدين. وأمّا تعيين جنس دون جنس، فلا يتضمّنه إطلاق العقد. وإنّما يبقى النّظر في دلالة العرف عليه. وقد كنّا قدّمنا الرّواية فيمن اشترط كون الأمة نصرانيّة فوجدها مسلمة، فإنّ ذلك لا ردّ له به، لكون ما وجد أفضل ممّا اشترط، إلاّ أن يتميّز غرض المشترط بدليل شاهد الحال.

---

(1) متفق عليه من حديث عائشة فيض القدير ج6 ص 377 ح 9686.

وذكرنا أيضاً أنّ إطلاق العقد على الأمة لا يتضمّن بكارة أو ثيوبة، ولا ردّ له إذا وجد الأمة ثيّباً، وقد وقع العقد مطلقاً. لكن وقع في الرّواية أنّه من اشترى سمناً فوجد سمن بقر، فقال: إنّما أردت سمن غنم، أنّه يردّ ذلك لكون سمن الغنم أطيب.

وهذا الّذي قاله كأنّه يشير إلى خلاف ما قدّمناه، لأنّه لم يجعل الثّيوبة عيباً مع كون البكارة أفضل، وجعل كون السمن سمن بقر يقتضي الرّدّ إذا كان سمن الغنم عندهم على مقتضى عرفهم أفضل. لكن قد يقال في هذا: إنّ الثّيوبة هي الغالب، وعليها يدخل المتعاقدان، ألا ترى أنّه لو كانت الأمة من صغر السنّ بحيث ما[1] الظّاهر من حالها البكارة، أنّ للمشتري مقالاً إذا وجد ثيباً. وأمّا السمن فلعلّه اعتقد أنّ سمن الغنم هو الغالب عندهم وعليه دخل المشتري، فلهذا جعل له الرّدّ.

ووقع أيضاً في الرّوايات فيمن اشترى، قلنسوة سوداء، فوجدها ركبت من ثوب ملبوس، أنّه لا مقال له إلاّ أن تكون ركبت من ثوب خلق. وقال، فيمن اشترى جبّة ركبت من ثوب لُبِس أسمر ثمّ بُيض، وركبت منه الجبّة، إنّ هذا عيب. وهذا أيضاً أشار بعض الأشياخ إلى أنّه اختلاف قول، ويمكن أن يكون العذر عن هذا أنّ القلانس تركب عندهم غالباً من ثياب ملبوسة ولا تركب الجبّة والثّوب من ثياب ملبوسة. وهكذا أيضاً قال، فيمن وجد قلنسوة حشوها صوف أو قطن جديد وقديم: إنّه لا يردّ المشتري بذلك إذا لم تكن رفيعة. وهذا أيضاً لكون العادة تقتضي عندهم حشو الدنية بمثل هذا، بخلاف الرّفيعة. وهذا يشير إلى ما أصّلناه من اعتبار النّطق المشترط به صفة في البيع أو عرف يقوم مقام النّطق.

قال القاضي أبو محمّد رحمه الله؛ ولا يجوز لبائع السلعة المبيعة أن يكتم عيبها لأنّ ذلك غشّ. ولا يقبل دعوى المبتاع إن بان[2] بالسلعة عيباً دون أن

(1) (ما) مثبتة في النسختين، والأولى حذفها.
(2) هكذا في النسختين. وفي غ والغاني: أن بالسلعة عيباً.

يأتي ببيّنة بمشاهدته[1] إن كان مشاهداً أو بالبيّنة إن كان غير مشاهد. ثمّ لا يخلو أن يكون ممّا لا يحدث عند المشتري أو يكون ممّا لا[2] يعلم أنّه لم يكن عند البائع. والقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه. أو يكون محتملاً، فالقول قول البائع مع يمينه، إلاّ أن ينكل فيحلف.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل/ ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ لم حرم على البائع أن يكتم عيباً بالمبيع؟

2 ـ وما حكم التّداعي في العيوب؟

3 ـ وما صفة اليمين في التّداعي؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: قد قدّمنا الدّلالة على منع التّدليس. وتكلّمنا على قوله عليه السلام: «**من غشّنا فليس منّا**»[3]. وذكر ما قيل في تأويل هذا الحديث من أقوال كثيرة.

والغشّ هو كتمان العيب، والتّدليس، والتغرير بالمشتري فيه. وذلك ممّا لا ينحصر. لكن منه أمور ظاهرة لا يحتاج إلى تبيينها، ومنه ما يفتقر إلى تبيينه. مثل ما وقع في الرّواية من منع القرّايين من أن يُتَرِّبوا وجوه الأفْرية ليتزيّن ويستر ذلك عيوبها. وهذا التّحسين ربّما اعتقد المشتري أنّه صفة ثابتة لها في الأصل غير مصنوعة. وربّما اعتقد أنّ ذلك لا يستر عيباً فيرغب المشتري، فهذا من الغشّ. لكنّ البيع إذا وقع والمشتري عالم بأنّه قد تربّها بائعها، فلا ردّ له.

وقال **ابن الموّاز**: إلاّ أن يكون اطّلع على عيب، فإن لم يكن علم بأنّها متربّة، فله الرّدّ قبل أن يطّلع على عيب.

وهذا الّذي قاله تمكينه من الرّدّ قبل ظهور عيب يوجب الرّدّ إذا لم يعلم بكونها متربّة، إنّما صار إليه لأجل أنّ المشتري يكره التّمسك بها مع كونه يجوّز

(1) في غ والغاني: دون أن يبيّنه بالمشاهدة.

(2) (لا) ساقطة في غ، والغاني.

(3) إكمال الإكمال ج1 ص 210/211.

عيوباً سترت عنه، وستظهر له في ثاني حال.

وأمّا اطلاق الرّواية بأنّه إذا علم بالتّتريب فلا ردّ له، فإنّما ذلك إنّما صار إليه لأجل هذا العيب الّذي تخشى عاقبته.

لكن استدرك **ابن الموّاز** في هذه الرّواية أنّ له الرّدّ بعيب يَظْهَر يمكن أن يكون رأى أنّ ذلك، وإن دخل عليه المشتري، كالبراءة من العيب، والبراءة من العيوب في العروض لا تصحّ، ولا يصح العقد على أنّ المشتري لا قيام له بالعيب متى ظهر/ له. وهذا وإن[1] لم يكن البائع عالماً بالعيب. وأمّا إذا كان عالماً به، فلا تصحّ البراءة منه ومن سائر العيوب على الإجمال.

ومن الغشّ أيضاً خلط طعام جيّد برديء، كخلط تمر جيّد برديء، أو عسل جيّد برديء، أو لحم هزيل بسمين. ويُنهَى الجزّار عن خلط اللّحم الجيّد بالرّديء. وإن نقص له ذلك. فإن اشترى مشترٍ منهم على ذلك، فإنّ البيع ماضٍ فيما قلّ كأرطال يسيرة، وأمّا أرطال كثيرة كعشرين أو ثلاثين، فإنّ ذلك لا يجوز حتّى يعلم مقدار السمين من الهزيل. وإنّما فرّق بين اليسير والكثير في هذا لأنّ اليسير يفرز حميده ورديه، ويعلم فيه أحدهما من الآخر على جهة التّخمين، بخلاف ما كثر من ذلك.

ويتصدّق بما قلّ من لحم أو طعام إذا كان يسيراً عقوبة في المال مع الأدب. بخلاف الكثير الّذي يشتدّ الضّرر بإتلافه على صاحبه ويباع عليه ممّن يؤمن أن يدلّس به، ويعاقب من غشّ بضرب أو حبس أو إخراج من السوق إذا كان معتاداً لذلك.

وقد قال **مالك** في **الموّازيّة** فيمن يفجُر في السوق ينبغي أن يُخرج، فهو أشدّ عليه من الضّرب. والتّحقيق في هذا صرف العقوبة إلى الاجتهاد في جنسها ومقدارها لاختلاف موقعها في العصاة.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: لا يخلو العيب من أن يكون

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

مشكوكاً فيه أو متحقّقاً.

والشّكّ فيه على قسمين:

أحدهما: أن يشكّ في وجوده وحصوله.

والثّاني: أن يتحقّق وجوده ويشكّ في زمن ابتداء وجوده.

وإن كان متحقّقاً، فلا يخلو من قسمين:

أحدهما: أن يتحقّق كونه عند البائع أو عند المشتري. فأمّا إذا كان الشّكّ في وجوده وحصوله، فإنّه لا يقضى للمشتري بردّ المبيع، لكون البيع أصله الانعقاد، واتّفق المتبايعان على لزومه/ وثبوت الثّمن على المشتري، وانتقال ملك المبيع إليه. فعلى من يّدعي حلّ هذا المنعقد عليه إثبات ما يحلّه والمشكوك فيه غير ثابت.

وقد قال ابن الموّاز لا يردّ المبيع بالعيب إلاّ أن يجتمع عليه رجلان عدلان من أهل البصر والمعرفة، أوامر أتان فيما لا يطّلع عليه إلاّ النّساء، كعيوب الفرج والحمل وشبهه، فإنّ امرأتين تقومان مقام رجلين للضّرورة إليهما. ومن يعلم علمه، وقرأ كتبه، وصحب علماءه، فإنّ هذا ينبغي أيضاً أن يتطلّب فيه ثبوته بشهادة من كان عدلاً عارفاً بهذه الأدواء الّتي لا يعرفها إلاّ الأطبّاء. فإن لم يوجد من يعرف هذا إلاّ من ليس بعدل من أهل الإسلام أو من غيرهم من اليهود والنّصارى اكتفى بهم في هذا. . . .[1]. ومن هذه الطّريق تقبل للضّرورة إليه كما تقبل شهادة الصبيان في الجراح للضّرورة إليها.

ولو اختلف الشّهود فقال عدلان: هذا عيب ينقص الثّمن، وأكذبهما آخران، فإنّ هذا التّكاذب يسقط الشّهادتين ويعود العيب/ غير ثابت، فلا يجب به الرّدّ.

وكذلك لو اشترط المشتري جنساً اختلف فيه الشّهود، هل هو من المشترَط أم لا؟ فإنّه لا يلزم ردّ البيع لهذا الاختلاف. فمحمل هذا على أنّ

(1) بياض بالنسختين مقدار ست كلمات.

المشتري قبض المبيع مصدّقاً للبائع أنّه من الجنس الّذي اشترط. فيكون البائع هو المدّعي والمّدعي إلزام المشتري البيع، فلا يصدق إلاّ بإثبات. وأمّا لو قبضه مصدّقاً للبائع أنّه على الصّفة الّتي اشترط، لكان المشتري هاهنا هو المدّعي، والمدّعي لحلّ منعقد يكون عليه الإثبات.

وقد قدح في هذا الّذي أصّلناه بأنّ اختلاف الشّهادة والشّكّ في حصول العيب عيب، وإن لم يكن العيب متحقّقاً، لكون النّاس يجتنبون في المبيع ما التبس أمره ويقفون عن شرائه. وقد كنّا قدّمنا أنّ الأمة إذا ادّعت أن سيّدها أَوْلَدها أو أعتقها، ولم يثبت لها ذلك، وباعها سيّدها ممّن لا يعلم دعواها هذه، أنّ ذلك عيب، لكون النّاس يجتنبون شراء ما وقع فيه هذا الشّكّ والالتباس.

ولكن العذر عن هذا أنّ هذه الشّكوك حدثت بعد انعقاد العقود وانبرامها فلم يؤثّر في المنعقد شكّ حدث بعد انعقاده بخلاف شكّ يحدث ويثبت حصوله بعد[1] انعقاد البيع.

وأمّا العيب[2] من ناحية زمن العيب، فإنّ البائع والمشتري لو اختلفا في زمن عقد البيع في المحرّم. مثل أن يقول البائع: لم يكن في المحرّم انعقاد البيع، ويقول المشتري: بل كان انعقاد البيع فيه، فإنّ **أصبغ** ذكر أنّ القول قول البائع، لأنّ المشتري يدّعي تاريخاً يوجب نقض البيع المنعقد. وساوى بين أن يكون المشتري نقد الثّمن أو لم ينقده. وأشار إلى المسألة الّتي اختلف فيها **ابن القاسم** في أحد الثّوبين إذا فات، وردّ الآخر بالعيب، واختلفا في قيمة الفائت. وقد ذكرنا مذهب ابن القاسم في التّفرقة فيها بين أن يكون البائع انتقد الثّمن أو لم ينتقده.

وهذا الأصل في اختلاف التّواريخ الّتي يختلف الضّمان باختلافها مختلف فيه، سنتكلّم عليه في اختلافهما في العهدة وغيرها.

وإذا تقرّر هذا، فإنّ العيب المشكوك فيه وإن لم يوجب الرّدّ، فإنّه يوجب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عند.
(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب وأما الاختلاف.

تحليف البائع أنّ هذا العيب لم يكن عنده، لأجل هذه الشّبهة الّتي وقعت في النّفس من إشكال الأمر على الشهود، وتجويزهم قدم العيب وحدوثه.

وليس كلّ شكّ يوجب تحليف المدّعى عليه. لكن لمّا كان هذا الشّكّ/ له مستند حاصل مشاهد وهو العيب، قويت هذه الشّبهة حتّى أوجبت اليمين على البائع مع هذا الشّكّ.

ولو كان المشتري قاطعاً بأنّه لم يحدث عنده والبائع قاطع بأنّه لم يحدث عنده، لخرجت اليمين هاهنا عن تعلّقهما بالشّكوك ووجبت اتّباعاً للأصول في الدّعاوي. ألا ترى أنّ من شكّ: هل له عند رجل مال، فإنّه لا يستحلفه بالشّكّ، ولا يمكن من خصومته، لمّا لم يكن/ لهذا الشّكّ مستند ولا شبهة يستند إليها. ولو كان عليه دين فشكّ. هل قضاه أم لا؟ فإنّ تمكينه من تحليف من له الدّين فيه اختلاف في المذهب. فكأنّ من نفى اليمين عن صاحب الدّين يرى أنّ شكّ الغريم في قضاء الدّين لا مستند له، ولا شبهة توجب تعلّق اليمين لمن له الدّين. ومن أوجب على من له الدّين يميناً رأى أنّ الشّكّ في قضاء الدّين يصيّر الدّين مشكوكاً في ثبوته في ذمّة الغريم، وصاحب الدّين يقطع أنّه لم يقضه شيئاً، وأنّ الدّين ثابت، فيكون القول قول الطّالب هاهنا ولكن مع يمينه لحصول شكّ في عمارة ذمّة الغريم.

وهذه مسائل كما ترى تارة يقوى مستند الشّكّ، وتارة يضعف فيسقط اليمين. ومن احتاط للأقدار ألاّ ستهضم[1] بالاستحلاف بالتّجويز والشّكّ أسقط اليمين. ومن نظر لصيانة الأموال على أربابها أوجب اليمين. ألا ترى أنّ رجلاً لو اشترى عبداً فزنى عنده أو أبق، وحقّق الدّعوى على بائع العبد، أنّ ذلك كان عنده لم يُعلم به حين العقد المشتريَ، وإنّما استفاد علمه الآن وثبت أنّ العبد أبق عند المشتري أو زنى، فإنّ البائع يحلف هاهنا من غير خلاف لوجود العيب المشاهد. وهو سبب تستند إليه الدّعوى وقارنه تحقيق الدّعوى على البائع. وأمّا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تُهضَم.

لو لم يأبق عند المشتري ولا زنى، ولا حقّق الدّعوى على البائع بأنّ ذلك كان عنده، ولا أسند هذه الدّعوى أنّ ذلك كان عند البائع إلى خبر مخبر، فإنّه هاهنا لا يستحلف البائع بغير خلاف، إذ هذا التّجويز لا مستند له أصلاً وهو ممّا يتكرّر ويتعدّد أجناسه، فسقطت لما فيها من الإضرار بالبائعين مع كونها لا مستند لها.

ولو أنّه قال: أخبرني مخبر بهذا أنّه كان عندك هذا العيب، ولم يدّعِ المشتري أنّه رآه منه وهو عنده ولا حدث عند المشتري، ولكن إنّما عوّل في الدّعوى على خبر مخبر، فإنّ هذا يوجب استحلاف البائع على أصل **ابن القاسم**، ولا يوجب استحلافه على أصل **أشهب** على حسب ما اختلف **ابن القاسم** و**أشهب** في المشتري إذا قام بعيب، فقال البائع للمشتري: تحلف لي أنّك ما رأيته، أو ما رضيته، أو ما سوقت بالمبيع مع علمك بالعيب. فإنّ **ابن القاسم** قال في هذا: لا يلزم المشتري يميناً، إلاّ أن يزعم البائع أنّ مخبراً أخبره عن المشتري بهذا، فيحلف المشتري حينئذٍ على هذا. وذكر **ابن أبي زمنين** عن مشائخه زيادة شرط آخر وهو أن يحلف البائع: لقد أخبره مخبر. وأسقط **أشهب** اليمين في هذا، ولو زعم البائع أنّ مخبراً أخبره.

فكأنّ **ابن القاسم** رأى أنّه إذا لم تستند هذه الدّعوى إلى قطع ولا إلى ظنّ من ناحية الأخبار، صارت ضرباً من التّجويز الّذي لا مستند له ولم يلزم به يمين. فإذا ذكر أنّ مخبراً أخبره/ ، صار للدّعوى مستند وهو ظنّ المدّعي، فكان لهذا التّجويز تأثير لاستناده إلى ظنّ.

ومن اشترط من المشائخ الّذين أشرنا إليهم استحلاف البائع أنّ مخبراً أخبره/ أراد تقوية الظّنّ لئلاّ يكون البائع كذب في قوله: أخبرني مخبر صدق.

فلو سمّى المخبر وأحال على رجل بعينه، لاستغنى عن هذا اليمين.

وبالجملة إن هذا اختلاف في حال، هل للأخبار والمخبر هاهنا شبهة ولطخ يستند إليه هذا الشّكّ أم لا؟

ولو ذكر أنّ المخبرين جماعة يقع له العلم بخبرهم حتّى يكون من حقّ

المشتري أن يردّ اليمين على البائع الّذي ادّعى أنّ المشتري رضي بالعيب. فتعلّقت اليمين هاهنا على من ردّها على البائع الّذي يحاول استحلافه على هذه الدّعوى.

ولو ثبت إباق العبد عند المشتري ولم يثبت أنّه كان عند البائع، ولكن المشتري استدلّ بهذا أنّه ما كان عنده إلاّ وكان عند البائع، فإنّ في تمكينه من تحليف البائع اختلافاً. وهو أيضاً راجع إلى ما قلناه.

فمن رأى أنّ حصول العيب عند المشتري وثبوت ذلك مستند لهذا التّجويز، مكّن المشتري من استحلاف البائع. ومن لم يرَ ذلك مستنداً اقتصر على تجويز المشتري في دعواه على البائع، لم يستحلف البائع قياساً على ما قدّمنا في مثل هذا.

ولو كان الإباق لم يثبت كونه عند المشتري ولا عند البائع، ولكن المشتري زعم أنّه كان عنده، واستدلّ بذلك على كونه كان عند البائع، لكان أيضاً في صفة استحلاف البائع خلاف. وهذا القسم دون الّذي قبله، لأنّ السبب الّذي يستند إليه ثبت في القسم الّذي قبل هذا بالبيّنة، فهذا القسم الآخر لم يثبت إلاّ باقتصار المشتري على الدّعوى.

ولو قال العبد: إنّي زنيت أو سرقت وأنا عند مولاي. لاستحلف البائع، لكون قول العبد لطخاً. وهو أيضاً أضعف من الأقسام الّتي تقدّمته.

فإذا تقرّر حكم العيب المشكوك فيه وأنّ القول قول البائع لكون البيع منعقداً، والمشتري يدّعي سبباً يحلّه، فإنّه لو كان بالمبيع مع هذا العيب المشكوك فيه عيب ثبت قدمه عند البائع، فإنّ هذا العيب القديم يوجب حلّ هذا البيع المنعقد. فيكون القول قول المشتري في هذا العيب المشكوك فيه: إنّه لم يحدث عندي. لأنّ لمّا انحلّ بالعيب القديم، صار البائع مدّعياً على المشتري غرامة تلزمه له، وهو أن يردّ قيمة هذا العيب الّذي زعم البائع أنّه حدث عند المشتري، والأصل براءة ذمّة المشتري، وقد قدّمنا استصحاب الأصل، وهو ما

اتّفق المتبايعان هو الّذي تسند الأحكام إليه[1].

فإذا كان العيب المشكوك فيه منفرداً، استصحبنا حال انعقاد البيع، فلا يصدّق المشتري في/ حلّه وردّه.

وإذا وجب ردّ البيع بالعيب القديم، استصحبنا براءة ذمّة المشتري من غرامة، فيكون هو المصدّق فيما ينفيها عنه.

ولو كان بالمبيع ثلاثة عيوب: عيب ثبت قدمه عند البائع، وعيب ثبت حدوثه عند المشتري، وعيب شكّ فيه هل هو حدث عند البائع أو عند المشتري، لبدأنا باستعلام ما عند المشتري.

فإن اختار الرّدّ بالعيب القديم، فقد انحلّ البيع. فيكون القول قوله في العيب المشكوك فيه: أنّه لم يحدث عندي، استصحاباً لكونه بريء الذّمّة من الغرامة، فيردّ العبد ولا يردّ معه قيمة نقص.

وإن اختار المشتري التمسّك بالمبيع وأخذ قيمة العيب كان القول قول البائع في العيب المشكوك فيه: أنّه لم يحدث عندي، استصحاباً أيضاً لبراءة ذمّته من غرامة. والمشتري لم يثبت له عليه إلاّ غرامة عيب واحد، والآخر الّذي هو مشكوك فيه لم يثبت ما يوجب على البائع غرامته، فلهذا صدق فيه.

وإذا ادّعى المشتري على أنّه دلّس عليه بالعيب وقد اشترى ثوباً/ فقطعه أو أحدث فيه ما يوجب ردّ قيمة النّقص ممّا يسقط عنه لو ثبت تدليس البائع، فإنّ القول قول البائع أنّه لم يدلّس، أو أنّه أنسي ذكر العيب عند عقد البيع، لكون الأصل عدم علمه. فيستصحب هذا الأصل على ما قرّرناه.

لكن اشترط في **الموّازيّة** في[2] استحلاف البائع على هذا لأنّه لا يقضى للمشتري إلاّ إذا اختار أن يردّ المبيع بالعيب، فيلزمه ردّ ما نقص، فيحلف البائع

---

(1) كذا بالنسختين.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب حذف «في».

على نفي التّدليس لتثبت له غرامة. وأمّا إن أراد المشتري التمسّك وأخذ قيمة العيب، يجب[1] على البائع، سواء دلّس أو لم يدلّس. فلا فائدة في استحلافه على أنّه لم يدلّس، والأيمان إنّما تتعلّق فيما يفيد المدّعي. وهذا مثل ما يقال فيمن ملك زوجته، فقضت بالثّلاث، فناكرها في عدد الطّلاق وزعم أنّه أراد تمليكها طلقة واحدة، فإنّ القول قوله مع يمينه، ولكن[2] يستعجل استحلافه عند المناكرة، إلاّ إذا أراد الرّجعة وإستباحة الزّوجة فيمنع من ذلك حتّى يحلف، على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا ثبت قدم العيب، لم يحلف المشتري إذا ردّ لثبوت ما يستحلف عليه وهو قدم العيب. وقد قدّمنا فيما سلف أنّ العيب القديم يوجب الرّدّ ولو كان عيباً ظاهراً. قال **ابن الموّاز**: طال الزّمان أو لم يطل. وذكرنا أنّه لا يمين. وإنّ القول الآخر استحلاف المشتري في هذا **العيب** إذا كان ظاهراً.

وأمّا العيب المشكوك فيه، فإنّه إن كان خفيّاً، استحلف البائع على العلم، ويكتفَى بذلك، لأنّ قصارى ما فيه أنّه إذا كان ظاهراً، فإنّ البائع عالم به. وهو إذا قال في يمينه: إنّي لم أعلم به، فقد كذب وفجر في يمينه. والأيمان إنّما وضعت لزجر الفاجر عن يمينه الكاذبة. وقال **ابن القاسم**: بل يحلف في العيب الظّاهر على البتّ، لأنّ/ الأظهر أنّ البائع لا يخفى عنه العيب الظاهر، وإذا كان لا يخفى عنه، حلف على القطع: أنّه لم يكن عنده.

والأصل في هذا أنّ كلّ من استحلف على إثبات فعل فعله هو أو فعله غيره، فإنّه يحلف على البتّ والقطع. لكونه يعلم فعل نفسه، ويعلم فعل غيره إذا شاهده ورآه. وكلّ من استحلف على نفي فعل، فإن كان فعل نفسه حلف على البتّ لأنّه يعلم ما فعل وما ترك. وإن استحلف على أنّ غيره لم يفعل، حلف على العلم. لأنّه لا يمكن في غالب الأمر أن يقطع على غيره أنّه لم يفعل

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيجب.

(2) هكذا في النسختين ولعل الصواب لاَ يستعجل

كذا إلاّ في صور نادرة بتقييد وتحديد.

وذهب **ابن نافع** في **المدوّنة** إلى أنّه يحلف على البتّ. ولم يفرّق بين عيب خفيّ أو ظاهر. واحتجّ بأنّه لو ثبت قدم العيب والبائع غير عالم به، لم يسقط حقّ المشتري في الرّدّ كونُ البائع لم يعلم بالعيب. وإذا كان الأمر كذلك، فلا يجزيه أيضاً أن يقتصر على نفي علمه بالعيب لما قدّمناه من كون عدم علمه بالعيب لا عذر له به إذا قامت البيّنة.

وهذا الاحتجاج يجاب عنه بأنّ البيّنة إذا ثبتت عدم[1] العيب فقد ثبت السبب الموجب للرّدّ ووجب حلّ البيع المنعقد.

وإذا لم يثبت العيب وكان مشكوكاً فيه، لم يجب حلّ البيع المنعقد بكون البائع غير عالم بالعيب. فهذا وجه هذه الأقوال الثّلاثة في العيب المشكوك فيه، تحليف البائع على البتّ في الوجهين، أو على العلم في الوجهين، أو تفرقة **ابن القاسم** بينهما.

ولو نكل البائع عن اليمين فإنّ المشتري يحلف أنّ ذلك لم يكن عنده ويردّ البيع.

واختلف قول **ابن القاسم** في صفة يمينه. فقال مرّة يحلف على حسب ما كان يحلف البائع في اليمين الّتي ردّها عليه إن كان العيب ظاهراً، حلف على البتّ، وإن كان خفيّاً، حلف على العلم. وهذا يشير إلى اختلاف قوله في صفة يمين البائع أيضاً. وأنّه قد يرى تحليف البائع في الوجهين على أنّه لم يعلم العيب على حسب ما قاله هاهنا في المشتري. ويكون هذا موافقة منه لما حكيناه عن **أشهب** أنّه يفرّق بين البائع والمشتري، ولا يقول في البائع أنّه يحلف في الوجهين على العلم لأجل أنّ العيب من جهته، ويمكن أن يكون دلّس به، فكان الحمل عليه بأن يحلف على البتّ أوْلى من أن يحمل بذلك على المشتري.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قِدَم.

فقد قدّمنا نحن ما يشير إلى هذه التّفرقة لمّا اعتذرنا عن قول أهل المذهب إنّ المشتري إذا حدث عنده عيب يسير لا يغرمه، أنّ البائع يردّ عليه المبيع بمثل هذا العيب لمّا كان العيب من جهة البائع، ويتّهم أن يكون علم به ولم يذكره. وكذلك أيضاً أشرنا إلى هذا المعنى في منشأ الخلاف بين **مالك** و**الشّافعي** في المبيع إذا حدث عند المشتري به عيب فاطّلع على عيب قديم، وإنّ **الشّافعي** يرى ذلك فوتاً يمنع من الرّدّ/ على البائع لكون البائع لا يلزمه أن يردّ عليه إلاّ ما باع بعينه، على حسب ما كان عليه. وأنّ **مالكاً** يرى أيضاً أنّ المشتري لا يلزمه قبول ما لم يدخل عليه، فلمّا تقابل الأمران، غلب **مالك** رضي الله عنه جنبة المشتري لكونه لم يظلم بكونه مدلّساً ولا جوز ذلك عليه.

وذهب **ابن نافع** إلى أنّ المشتري يحلف على البتّ طرداً لما كنّا حكيناه عنه وذكرنا اعتلاله فيه.

وإذا نكل المشتري أيضاً عن هذه اليمين بعد نكول البائع، بقي البيع منعقداً على حسب ما كان عليه. هذا المعروف من المذهب. وفي **المدوّنة** عن **ابن نافع** في هذا اللّفظ قد يقتضي ظاهره تمكين المشتري بعد هذا النّكول من الرّجوع إلى اليمين لأنّه ذكر في المدنيّة أنّ المشتري إذا نكل لزم البيع. وظاهر هذا يقتضي أنّه لا رجوع له إلى اليمين بعد هذا النّكول. وقال **ابن نافع**: لا يردّ المشتري بالعيب إلاّ حتّى[1] يحلف. وقد يوهم ظاهر هذا أنّه يمكن من الرّجوع إلى اليمين بعد النّكول عنها. ومال بعض المتأخّرين إلى إثبات هذا القول اختلافاً في المذهب.

وهو لفظ فيه إشكال. لكن أصل المذهب يقتضي أنّ النّاكل لا يمكن من الرّجوع إلى اليمين بعد أن نكل عنها إذا تعلّق لخصمه بنكوله حقّ ومنفعة. ولهذا لا يمكن البائع لو نكل عن اليمين في هذا وردّها على المشتري من الرّجوع عن ذلك قبل أن يحلف المشتري. لكون المشتري قد استحقّ بهذا النّكول أن يحلف

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حين.

ويردّ البيع. وهاهنا إذا نكل البائع وتعلّق للمشتري حقّ بنكوله فلم يحلف، بقي البيع على ما كان عليه منعقداً وبقي موقوفاً على معاودة المشتري إلى اليمين الّتي نكل عنها. لكن أيضاً قد يتعلّق للبائع حقّ في إقرار البيع على ما هو عليه. وهذا يستقصى في أحكام الأيمان والنّكول في موضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر ابن المواز أنّ السلعة إذا باعها رجل من آخر ثمّ اشتراها بائعها ممّن اشتراها منه. فلمّا صارت في يديه وعادت إليه، ظهر فيها عيب مشكوك فيه، أنّ البائع الأوّل يحلف ويبرأ من هذا العيب. فإن نكل حلف المشتري وردّ البيع. ومعنى ردّه هاهنا أن يستردّ منه بقيّة الثّمن إذا كان مشتريها قد باعها من بائعها بأقلّ ممّا اشتراها/ منه.

وأنت إذا تأمّلت ما أصلنا لك من كون البيع المنعقد لا ينحلّ بالشّكّ. والقول فيه قول البائع استصحاباً لحال الانعقاد، وأنّ من كان ذمّته برية من غرامة، فإنّه لا يغرم بالشّكّ، علمت ما يتفرّع من وجوه هذه المسألة، وحكم كُلّ قسم منها، وأنّ زيداً إذا باع من عمرو سلعة بمائة دينار، ثمّ رجع زيد فاشتراها من عمرو بثمانين ديناراً، فظهر فيها عيب مشكوك فيه وهي بيد زيد/ ، فإنّ هذا العيب إذا شكّ فيه هل كان عند زيد قبل أن يبيعها من عمرو أو حدث عند عمرو قبل أن يبيعها من زيد، فإنّ عمراً لا يردّ عليه بالشّكّ هل كان هذا العيب عنده أم لا؟ وكذلك لا يطالب عمرو وزيداً بأنّ يردّ عليه عشرين ديناراً بقيّة الثّمن بالشّكّ، هل كان العيب عند زيد قبل أن يبيعها من عمرو، فيكون من حقّ عمرو أن يردّها على زيد بالعيب، وهي قد رجعت إلى يد زيد فيطالبه عمرو ببقيّة الثّمن؟ فإذا تبعت هذا الأصل، علمت هذا الشّكّ لو شكّ في هذا العيب، هل كان عند زيد قبل أن يبيع من عمرو، أو حدث عنده بعد أن اشترى من عمرو أو حدث عند عمرو وتعلّق اليمين بهما جميعاً، إذا طلب أحدهما حلّ البيع على مقتضى دعواه، وطلب الآخر إكمال الثّمن على مقتضى دعواه؟ وقد تقدّم الكلام على من وجد عيباً بمكيل أو موزون وقد أفاته وأتلف عينه. وذكر الخلاف فيه هل يردّ المثل أو يخيّره بين ردّه أو يأخذ قيمة العيب. وذكر أنّ قيمة العيب ينسب

إلى الثّمن الّذي عقده به البيع. وكذلك ينسب منه أيضاً قيمة العيب الحادث عند المشتري. فلو كان الثّمن ليس بمال معلوم مثل أن يتزوّج امرأة بعبد فيموت في يدها بعد أن اطّلعت فيه على عيب، فإنّ الرّجوع لها بمقدار العيب إنّما ينسب من قيمة العبد لمّا كان ثمنه البضع الّذي هو ليس بمال معلوم. وقد اختلف المذهب فيمن أسلم في عبد فلمّا قبضه اطّلع على عيب فيه وقد فات في يده، فقال **ابن القاسم**: **يغرم قيمة هذا المقبوض ويرجع العبد الّذي كان له في الذّمّة**. وقدّر أنّ هذا المقبوض لمّا كان معيباً، صار كأنّه كجنس آخر غير الّذي له في الذّمّة. فإذا علم بعد أن أخذه أنّه كجنس آخر، وقد فات في يديه، فإنّه يردّ قيمة ما فات في يديه، ويرجع بعبد سليم من العيب على ما كان له ذلك في ذمّته. ورأى **سحنون** أن يعتبر مقدار هذا العيب من العبد المقبوض، فإن كان ربعه رجع على المسلم إليه بربع عبد على ما كان له في ذمّته. وقدّر أنّ ثلاثة أرباع العبد قد قبضت، وهي غير ما كان في الذّمّة، والرّبع الآخر كأنّه استحقّ من يديه، فيرجع بمقدار ما استحقّ من يديه شريكاً به في عبد، وكأنّه لم يعتبر ضرر الشّركة فتمسّك بالحقّ في العين. و**ابن القاسم** اعتبرها فأوجب غرامة قيمة العبد المعيب والرّجوع بعبد سليم كامل.

وقد كنّا نحن أشرنا في تعدّي الوكيل إلى اعتبار نقص في بعض صفات الشّيء، هل يصيّره ذلك كجنس آخر لمّا انقضت صفته، أو يبقى ما سوى النّقص كأنّه العين السالمة من النّقص. وهذا قد يتصرّف[1] في هذه المسألة أيضاً. وذهب **ابن عبد الحكم** إلى أنّه إنّما يرجع قابض هذا العبد من سلم بمقدار/ العيب من قيمة العبد. فيقال: ما قيمة العبد سليماً؟ فيقال: مائة[2] دينار. ثمّ يقال: ما قيمته معيباً؟ فيقال مائة دينار. فيرجع قابض العبد بمائة دينار. وهذا/ مثل ما قدّمناه نحن في العبد الّذي جعل صداقاً فاطّلع فيه على عيب بعد أن فات لمّا كان ليس لهذا العبد الّذي هو الصّداق ثمن معلوم. فكذلك هاهنا لمّا لم يجب الرّجوع بمقدار العيب من رأس مال السلم، لكون العبد المسلم فيه في

---

(1) هكذا ولعل الصواب يتصور.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مائتا.

الذّمّة، وجب اعتبار مقدار العيب من قيمة العيب[1] نفسه. وأنكر الشّيخ **أبو محمّد بن أبي زيد** هذا القول وقال: لم يجعله قبض بعض سلمه، فيرجع شريكاً، كما قال **سحنون**، ولم يقبض شيئاً منه فيردّ قيمة ما قبض ويرجع بعبد كامل. وقد ذكر في **المدوّنة** فيمن باع سلعة بمائة دينار، ثمّ أخذ عن ثمنها سلعة أخرى فوجد بالسلعة الثانية عيباً، أنّه إنّما يردّ هذه السلعة الثّانية بالعيب. وتبقى المائة دينار ثابتة في ذمّة المشتري يطالبه بها بائع السلعة الأولى. قال: وهذا ما لا اختلاف فيه. وهو كمن باع طاماً فأخذ بثمنه طعاماً، فإنّ الفسخ إنّما يكون في السلعة الأخيرة.

وهذا الّذي أشار إليه في الاقتضاء من ثمن الطّعام طعاماً قد كنّا نحن تكلّمنا عليه وذكرنا الاختلاف في بياعات الآجال إذا باع سلعة بثمن مؤجّل ثمّ اشتراها بثمن نقداً أقلّ ممّا باعها به، أنّ البيعتين جميعاً يفسخان على أحد القولين على التّفصيل الّذي قدّمناه، من تهمتهما على أنّ الثّمن لغو عندهما، وإنّما دفع دنانير سلفاً ليردّ إليه دنانير أكثر منها قياساً أيضاً على الأخذ من ثمن الطّعام طعاماً. ولو كان العيب وجد في السلعة الأولى، كان أيضاً الثّمن الّذي هو مائة دينار ثابتاً. لأنّ استحقاق السلعة الأولى إنّما يقتضي استحقاق ثمنها، واستحقاق الثّمن لا يوجب بطلان البيع، على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه: وإذا رضي المبتاع بالعيب لم يكن له ردّه. وكذلك إذا تصرّف في المبيع أو استعمله بعد علمه بالعيب، كان ذلك رضى منه، ولم يكن له الرّدّ. فإن تصرّف مضطّراً، ففيها روايتان.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة. منها أن يقال:

1 ـ هل يمكّن المشتري من التصرّف في المبيع المعيب إذا علم بعيبه أم لا؟

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب العبد.

2 ـ وما الّذي يعد منه عَلَماً على الرّضا بالعيب؟

3 ـ وما صفة الرّضا بالعيب؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

المبيع هاهنا ثلاثة أقسام: عقّار وثياب وحيوان.

فأمّا الدّور وما في معناها، فإنّ المشتري لا يقضى عليه بإخلائها والانتقال عنها، وهو يخاصمه في العيب، لأنّ ذلك غلّة وخراج، والخراج بالضّمان، وضمانها منه.

وأمّا الثّياب، فليس له أن يلبسها، لكون اللّباس نقصاً من أجزائها، وليس له إتلاف بعض المبيع وهو يحاول ردّه بالعيب.

وأمّا الحيوان، فإن كانت جارية، فليس له أن يطأها، لأنّ الوطء إنّما يباح فيما يستقرّ ملكه استقراراً مؤبدّاً. (في هذا)[1] والمشتري إذا وطئها وهو يحاول نقض ملكه فيها، وردّ البيع من أصله، لم يصغ[2] له ذلك احتياطاً للفروج.

وأمّا استخدام العبد وركوب الدّابّة ففيه قولان. المشهور أنّه يمنع من ذلك. وذهب **ابن حبيب** إلى أنّه لا يمنع منه قياساً على العقار، ولأنّ الخراج له والنّفقة عليه، فلا يمنع من الإنتفاع بالمبيع.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: أمّا كلّ فعل لا يقع في العادة إلاّ رضى من المشتري بالتمسك بالمبيع، فإنّه إذا ظهر ذلك منه، لم يكن له ردّ البيع. وما كان من التّصرّف مشكلاً، لم يقض عليه، بكونه/ علماً على الرّضا. وهذا هو الأصل المعتبر في أمثال هذا. وقد كنّا قدّمنا ذكره مبسوطاً في كتاب بيع الخيار.

فأمّا اختلاف قول **مالك** رضي الله عنه في تصرّف المضطّر، فإنّ **ابن القاسم** روى عنه أنّ المسافر إذا اطّلع على عيب بالدّابّة فركبها إلى أن أعادها وقدم بها

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين بالصاد، ولعل الصواب: يَسُغْ.

على صاحبها، فإنّ ذلك لا يعدّ رضى منه. وروى **أشهب** أنّ ذلك لا[1] يعدّ رضى منه.

فقدر **ابن القاسم** أنّ المضطّر هاهنا للتّصرّف علماً كالمكره على التّصرّف. والمكره على الفعل لا يُعتقد فيه أنّه مريد الفعل إرادة رضا به كإرادة المختار.

وقدّر **أشهب** أنّه لمّا كان اعتقاده ردّها ونقض البيع، لم يعذر بركوبه ولا صار كالمكرَه عليه لقدرته على ركوب غيرها، أو التّوصّل بأمر سواها، فكان ذلك رضى منه.

ولو أنّ المشتري اطّلع على عيب وربّ السلعة غائب ببلد آخر، وأشهد بالعيب وباعها، فإنّ في **الموّازيّة** أنّ ذلك يسقط حقّه في العيب. فقال **ابن الموّاز** إلاّ أن يكون ببلد لا سلطان فيه، أو متناول[2] بعيد، فلا يسقط حقّه. وقدّره معذوراً بهذا لمّا صار مغلوباً على ما فعل.

ولو أنّ العيب لم يثبت ولكن اعترف البائع به، وهو ممّا لا يشاهد، فإنّ المشتري بالخيار بين أن يصدّقه فيردّ البيع بالعيب، أو يكذّبه ويتّهمه بأن يكون قال الكذب ندماً على البيع، ويبقى ما أقرّ به موقوفاً حتّى يظهر صحّة ما قال، فيكون للمشتري حينئذٍ الرّدّ.

وذكر في **الموّازيّة** أنّه إذا ردّ المشتري إقراره بالعيب ولم يقبله منه ثمّ أراد أن يرجع إلى قبول ذلك منه ويردّ المبيع، فإنّه/ لا يمكن من ذلك إذا لم يثبت العيب، إلاّ أن يكون البائع متمادياً على إقراره بالعيب.

وهذا الّذي ذكره **ابن الموّاز** أجراه مجرى من أقرّ لإنسان بدين فكذّبه في إقراره له، فإنّ هذا المكّذب للإقرار إن رجع إلى تصديق المقرّ، قبل أن يرجع عن إقراره، فإنّه يؤخذ بمقتضى إقراره. ورأى أنّه قد تعلّق للمقرّ بالعيب حقّ في إسقاط الرّجوع عليه، فلا يمكن المشتري من الرّجوع فيما أسقطه إلاّ أن يتمادى

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف (لا).

(2) هكذا في النسختين، ولعله: بمنزل بعيد.

هذا على الإقرار، فيصير كالمستأنف إقراراً بحقّ.

وذكر عن **أشهب** أنّ هذا العيب الّذي أقرّ به البائع لو قامت بيّنة به، فإنّ المشتري لا يسقط تخييره بين الاستمساك بالبيع أو ردّه، إلاّ أن يوقفه القاضي ويقضي عليه بالواجب.

وقال بعض الأشياخ: إنّ البائع لو قال: إنّ عبدي أبق، فلم يصدّقه المشتري، فأبق العبد فمات، فإنّ للمشتري ارتجاع الثّمن، لكون البائع مقرّاً على نفسه أنّه لا يستحقّ المال الّذي أخذ. وهذا الّذي قاله يصحّ إذا تمادى البائع مقرّاً على نفسه إقراره، ورجع المشتري إلى تصديقه على حسب ما كنّا أشرنا إليه.

وإذا تقرّر هذا فاعلم أنّ العيب أيضاً إذا وجب للمشتري الرّدّ به وقضى له القاضي بذلك ونفذ الحكم بردّ المبيع، فإنّه لا إشكال في أنّ البيع انفسخ.

ولو تراضى المتبايعان بالفسخ وعقداه على أنفسهما، لكان ذلك كحكم الحاكم عليها أيضاً.

فإن لم يقع حكم بالفسخ ولا تراضٍ به لكن قال المشتري بعد ثبوت العيب: إنّي فسخت البيع. فإنّ هذا ممّا اختلف النّاس فيه.

فذكر **ابن القصّار** من أصحابنا أنّ مذهب **مالك** و**الشّافعي** وقوع الفسخ بمجرّد قول المشتري، وإن لم يقع، حكم به.

وذهب **أبو حنيفة** إلى ما قالاه في هذا إذا كان المبيع لم يقبضه المشتري. فأمّا إذا كان قد قبضه المشتري/ فإنّه لا يفسخ البيع إلاّ بحكم حاكم أو تراض بالفسخ. وعمدته في هذا أنّ الموجب للرّدّ هاهنا إنّما[1] اختلف في حصوله، وربّما اتّفق على حصوله، واتّفق في كونه عيباً حتّى يقول قوم هذا عيب ويقول آخرون ليس بعيب. وإذا كان الأمر كذلك، صار ذلك كالمسائل الاجتهاديّة لا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ربما.

يثبت الحكم فيها إلاّ بإنفاذ حاكم له، يرفع بحكمه هذا الاختلاف الّذي أشرنا إليه.

وأصحابنا وأصحاب **الشّافعي** يناقضونه في هذا الّذي قال بتسليمه وقوع الفسخ بقول المشتري: فسخت البيع، إذا كان لم يقبض المبيع. وما اعتلّ به يتصوّر قبل القبض وبعد القبض، وكون المبيع مستقرّاً بعد القبض استقراراً متمكّناً.

وقد كثر التّنازع في مسائل خلافية، هل يفتقر إلى حكم أم لا؟ كما اختلف عندنا فيمن مثّل بعبده،/ هل يفتقر عتق العبد إلى حكم أم لا؟ إلى غير ذلك من المسائل.

ويقول أصحاب **أبي حنيفة** في مسئلتنا هذه يفتقر الفسخ بالعيب إلى حكم. كتخيير الأمة المعتقة تحت عبد لأجل ما طرأ عليها من عيب في هذا النّكاح، مع اختلاف النّاس في اشتراط العبوديّة في الزّوج، أو إثبات تخييرها ولو كان الزّوج حرّاً.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: إذا وقّف البائع المشتري على عيب، عيّن موضعه، وأراه إيّاه، وأعلم جنسه ومقداره ظاهراً وباطناً، وعقد البيع على ذلك، فلا إشكال في كون هذا رضى به. وأمّا إذا لم يكن الأمر كذلك ولكن اقتصر في رؤية العيب على مشاهدة لا تقتضي الإحاطة به، أو تبرأ إليه منه بخبر ولفظ وفيه احتمال، فإنّه إذا باع منه دابّة ولها دبرة، فأراه البائع الدّبرة، ولم يحط المشتري علماً بباطنها، وظهر من باطنها ما لم يُنْبِ عنه ظاهرها، فإنّ البائع إذا كان عالماً بذلك، ولم يبيّنه، كان للمشتري الرّدّ به، لكون البائع كالمدلّس، ومن دلّس بعيب ردّ عليه به. وإن كان البائع لا يعلم باطنها وإنّما يعلم منها ما يعلم المشتري، فإنّه يجري ذلك على حكم العيب الباطن في الخشب وما في معناها. وقد كنّا قدّمنا اختلاف قول **مالك** فيها، وإنّ المشهور من المذهب ألاّ ردّ بذلك.

وهكذا ذكر **ابن حبيب** عن أصحاب مالك في هذا الوجه إذا استوى علم البائع والمشتري بباطن هذه الدّبرة.

وعارضه بعض المتأخّرين فناقضه بقوله في الخشب إنّما لا يردّ بالعيب الباطن إذا كان ذلك من أصل الخلقة، أو حدث بعد الخلقة، لكون ما حدث بعد الخلقة قد يعلمه قوم دون قوم (أم لا)[1]؟ هذا إذا اقتصر في التبرّي من هذا العيب على النّظر.

وأمّا إن اقتصر فيه على الخبر مجملاً، مثل أن يقول البائع: أبرأ إليك من دبرة بظهر هذه الدّابّة. والدّبر يختلف، فإنّ مذهب **ابن القاسم** صحّة هذا البيع، وكون البراءة لا تتضمّن إلاّ اليسير من هذا العيب.

وذهب **أشهب** أنّ البيع فاسد.

وكذلك لو برىء من كيّ بالعبد، فإنّ الخلاف فيه على حسب ما ذكرناه.

ومقتضى هذا أن تكون البراءة من الإباق مجملاً تقتضي فساد البيع على رأي **أشهب**. لكن ذكر **ابن الموّاز** عن **أشهب** أنّه وافق **ابن القاسم** في الإباق، وأنّ البيع لا يفسد ويبرأ من الإباق اليسير. فإن كان إلى موضع بعيد أو أبق مرّتين، فإنّ المشتري له الرّدّ. قال **ابن الموّاز**: ومذهب **ابن القاسم** أحبّ إلينا، وقد أضعف أشهب جوابه لِما قال في الإباق.

وأشار بعض الأشياخ/ إلى أنّ هذا اختلاف من قول **أشهب**. وكان بعض أشياخي يرى أنّ هذا اللّفظ إن تفاهما منه العيب اليسير، فإنّ البيع لا يفسد ويبرأ البائع من اليسير.

ولا يحسن الخلاف في هذا كما لو صرّح به. وإن تفاهما إلزام البيع المشتري، على أيّ حال كان العيب من عظم وصغر يختلف فيه الثّمن اختلافاً كثيراً، فإنّ هذا يفسد به البيع. ولا يحسن أيضاً الخلاف في هذا. فهذا حكم الاقتصار من عيب على نظر أو خبر.

والأظهر في الرّوايات جواز الاقتصار فيه على خبر يتضمّن حقيقة. وإن

---

(1) هكذا في النسختين.

كان قد وقع في بعض الرّوايات ما يوهم جواز الاشتراط للنّظر.

وقد ذكر في الآثار أنّه لا يبرأ بقوله: أبيعك لحماً على بارئة[1] من العيوب. قال النّخعي: لا يبرأ حتّى يضع على العيب يده. والتّحقيق في هذا أن ينظر إلى الخبر عن العيب. فإن كان لا يقوم مقام مشاهدة، ولا يقتضي الإحاطة بالعيب، بل كون الاقتصار على الخبر ركوباً للغدر، فإنّ ذلك لا يجوز الاقتصار عليه مع القدرة على المشاهدة. وإن كان خبراً يقوم مقام العيان، فهذا لا يمنع من الاقتصار عليه. وسنستقصي حكم الاقتصار على الخبر عن المبيع مع إمكان النّظر من غير ضرورة في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر في الموّازيّة أنّ العيب لا يبرأ منه البائع، ولو ذكره، إلاّ أن يقول: هو بالمبيع. وقدّر أنّه إذا قال: أبيعك هذه الدّابّة وأبرأ إليك من كذا. ولم يقل: إنّه بها، فإنّ ذلك لا يجزي، لما يمكن من اعتقاد المشتري أنّ هذا القول أوْرِدَهُ البائع على جهة المبالغة والاحتياط، وإن لم يكن بها هذا العيب.

ورأى بعض أشياخنا أنّ المفهوم من هذا كون هذا العيب بها، فتصحّ البراءة، وإن لم يقل إنّه بها.

وكذلك لو ذكر عيوباً كثيرة بالمبيع، منها ما ليس بالمبيع، فإنّه لا يبرأ البائع بذلك لكونه لفف العيوب الحاصلة، والمشتري قد يعتقد أنّ بالمبيع من العيب من جملة ما لفف، وهو ليس بالمبيع، بل المبيع سالم منه. ولهذا قال ابن الموّاز لا يبرأ إلاّ أن يذكر العيب مفرداً، لا يخلطه بغيره، ويقول: إنّه به. وإلى هذا أشار ابن حبيب أيضاً. ولكنّه.

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه: ويجوز البيع بشرط البراءة في الرقيق دون غيره، ويبرأ من كلّ عيب لم يعلمه، ولا يبرأ ممّا علمه فكتمه.

قال الإمام رحمه الله يتعلّق بهذا الفصل ثمانية أسئلة، منها أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: براءة.

1 ـ هل يجوز اشتراط البراءة من العيوب في عقد البيع أم لا؟

2 ـ وهل يشترط في جوازها أن يكون البائع غير عالم بما تبرّأ منه أم لا؟

3 ـ وهل تجوز في سائر المتملكات أم لا؟

4 ـ وهل تجوز في سائر العقود أم لا؟

5 ـ وهل تجوز في كلّ العيوب أم لا؟

6 ـ وما حكم التّداعي في البراءة؟

7 ـ وما الحكم في الأيمان إذا طُلبت[1]؟.

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: اختلف النّاس في جواز البيع على البراءة على الجملة، فمنعه قوم وأجازه آخرون.

فالمشهور من مذهبنا جوازها على الجملة. وهو مذهب **أبي حنيفة** وأحد أقوال **الشّافعي**. لأنّ من أصحاب **الشّافعي** من يحكي ثلاثة أقوال: المنع على الإطلاق، والجواز على الإطلاق، والتّفرقة بين ما علمه البائع وما لم يعلمه في البراءة في بيع الحيوان.

وعندنا رواية عن **مالك** في منع بيع البراءة مطلقاً من غير اعتبار بكون البائع عالماً بما يبرأ منه أو غير عالم. ومن المتأخّرين من يحكي هذه الرّواية عن **مالك** حكاية مقيّدة. فيقول: لم يختلف قوله في جواز البراءة من العيب اليسير، ولا في ثبوت البراءة في بيع السلطان، ولا في سقوط عهدة **الثّلاث**. والسنة في البيع/ الثابت (بياض)[2].

وسبب هذا الاختلاف أنّ الشّرع ورد بالنّهي عن بيع الغرر، واشتراط البائع على المشتري ألاّ يردّ عليه بعيب يطّلع عليه يتضمّن عقد الشّراء على مبيع غير معلوم ولا محاط به. وبيع ما لا تعلم حقيقته لا يختلف في منعه، كبيع ما في

(1) لا وجود في النسختين إلا لسبعة أسئلة. ويمكن استرواح الثامن من الجواب عليه هكذا: وهل لعلم السلطان بالعيب أثر في الرد بالعيب؟

(2) بياض في النسختين بمقدار خمس كلمات في المدنية ومقدار ثلاث كلمات في الوطنية.

يده أو ما في هذه من حيتان. لكون المشتري دخل على أنّ العبد المشترى إن وجده أعمى أصمّ أبكم، لزمه الشّراء بالثّمن الّذي بذل. وإن وجده على صفة كمال سالماً من العيوب، كان ذلك له. وهذا واضح ما فيه من الخطر والغرر.

ووجه الجواز على الجملة ما أشار إليه **ابن حبيب** من حكم **عمر بن الخطّاب** و**عثمان بن عفّان** رضي الله عنهما، بإمضاء البيع المشترط فيه البراءة. وقد ألزم **عثمان بن عفّان عبد الله بن عمر** لمّا باع[1] بالبراءة، الثّمنَ، لمّا اطّلع على عيب لم يعلم به حين العقد. فلو كان العقد عنده فاسداً، ويراه غرراً، لم يغرمه الثّمن. ولا يفسخ العقد ولو تراضيا بإمضائه مع كون الضّرورة قد تمسّ إلى ذلك وتدعو إليه الحاجة والمصلحة. فعفي عنه كما يعفى عن عقود تضمّنت غرراً للضّرورة الدّاعية إلى العفو عن ذلك.

وهذا إذا قيل فيه: إنّ قول الصاحب حجّة بمجرّده، وإن خالف القياس، كان للاحتجاج بما حكيناه عن الصّحابة، رضي الله عنهم، عمدة في هذا. وإن قلنا: إنّ القياس مقدّم على قول الصّحابيّ، فقد قال بعض البغداديين: إنّ المنع وإن أدّى إليه قياس قويّ كما/ ذكرناه، فإنّ في مقابلته قياساً ضعيفاً، وهو ما أشرنا إليه من الضّرورة الدّاعية إلى العفو عن هذا. وهذا القياس وإن كان ضعيفاً، فإنّه يترجّح على القياس القول بمذهب الصّحابيّ رضي الله عنه.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: اختلف المذهب عندنا في بيع البراءة ممّا علمه البائع من العيوب. وأجاز ذلك **أبو حنيفة والشّافعي**، في أحد أقواله، على ما تأوّله عليه بعض أصحابه.

والدّليل على المنع، مع العلم بالعيب، أنّ البائع إذا كانت العيوب لم يعلم بها، فالظّاهر سلامة المبيع من العيب، والظّاهر صدقه أيضاً لتحسين الظّنّ به سومح في ذلك.

وإذا قال: لا أعلم بما بعت عيباً، فإن ظهر بعد العقد فأنا بريء منه. فكان

(1) أي: اشترى.

الظّاهر سلامة المبيع، وصدقه في هذا كعيب يستوي في الجهل به المتبايعان، وما استوى في الجهل به المتبايعان، لم يردّ به البيع، كعيب الخشب، على حسب ما قلناه وحكيناه من المذهب المشهور عندنا. وإذا كان البائع عالماً ارتفعت العلّة، وتبيّن القصد إلى المخاطرة والغرر، لأنّ البائع قادر أن يذكر ما علمه من العيوب بعبده من غير مشقّة عليه في ذلك، ولا ضرورة تدعو في إضرابه عن ذكره. فصار عقداً على ما يعلم حقيقته، والمشتري لا يعلم حقيقته، وهو قادر على أن يعلمه إيّاها، وهذا لا يجوز.

وقد احتجّ أصحاب **أبي حنيفة** على الجواز بأنّ البائع لو باع ثوباً مرفوّاً، وأرى رفوه إلى المشتري، والبائع يعلم كون الرّفو عيباً، والمشتري لا يعلم كونه عيباً، فإنّ البيع جائز، مع كون البائع إنفرد هاهنا بعلم.

وأجيب عن هذا بأنّ البائع قد أعلم المشتري بحقيقة هذا العيب، وأنكر المشتري جهل القيمة، وكون هذا الرّفو يحطّ منها، وهذا الجهل لا يمنع صحّة البيع كما لا يمنع منه كون البائع غبن المشتري بجهل/ القيمة، ومعرفته.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: اختلف قول مالك في بيع البراءة على أقوال:

منها حكايته عنه من منعه مطلقاً.

ومنها جواز ذلك مطلقاً في سائر المبيعات عرضاً كانت أو حيواناً. ذكر ذلك عنه **ابن حبيب**. وحكاه عن **ابن شهاب** و**ربيعة** و**يحيى ابن سعيد** و**ابن وهب** من أصحاب مالك. وحكاه غيره عن **ابن كنانة**.

وحكي عنه منع ذلك في العروض وإجازته في الحيوان الصامت والنّاطق.

وذكر **مالك** في كتابه، وحكي عنه، جوازها في الحيوان النّاطق خاصّة. وقد كنّا قدّمنا مصير بعض المتأخّرين إلى أنّه لم يختلف قوله في العيب اليسير، على حسب ما كنّا قدّمنا حكايته عنه.

وسبب هذا الاختلاف أنّ بيع البراءة إذا كان إنّما عفي عنه لاستواء البائع/

والمبتاع في الجهل بالعيب، اقتضى ذلك جواز بيع البراءة في العروض وسائر المتملّكات. لكن من قصر ذلك على الحيوان قال: إنّ الحيوان كلّه تتلوّن أحواله بالصحّة والسقم، ولا يكاد يحاط بعيوبه، فيقوى تصديق المشتري بأنّه جهل العيب الّذي فيه، حتّى يعتقد أنّه قد استوى علمه وعلم البائع في العيب. بخلاف العروض.

وأمّا من قصر ذلك على الحيوان النّاطق، فإنّ من المتأخّرين من ذهب إلى علّة، ومنه من ذهب إلى عكسها. فقيل: إنّ الرّقيق يخبر بعيبه، لكونه ممّن ينطق ويعرب عن نفسه. وإذا لم يقع منه سكوت لسيّده لمرض أصابه، لم يعلم سيّده ما به فعذر سيّده لكونه جاهلاً للعيب وصدق فيما قال.

ومنهم من قال: إنّ الرّقيق يكتم عيبه، ويستره عن سيّده، مخافة أن يزهد فيه فيبيعه. فعذر السيّد في جهله بعيبه، وصدّق في أنّه لا يعلم ما به، بخلاف البهائم الّتي لا تخبر بعيبها.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أطلق العلماء من أصحابنا وغيرهم ذكر الخلاف في بيع البراءة من غير تعرّض لتفصيل العقود. وينبغي أن يلتفت في هذا إلى تقييد في هذا الإطلاق.

فإنّ من المعاوضات ما يشترط فيه التّماثل ولا يجوز فيه الرّبا والتّفاضل، كما قدّمناه في كتاب الصرف، وكتاب السلم.

وإذا كان الأمر كذلك، فإنّ القرض وما في معناه لا يجوز فيه اشتراط البراءة من العيب، لأنّ ذلك قد يوقع في اشتراط الزّيادة والتّفاضل. لأنّ من أقرض عبداً فشرط التبرّي من سائر عيوبه الّتي يعلمها واشترط في القضاء عبداً سليماً، فإنّ هذا نوع من اشتراط الزّيادة في السلف، وذلك لا يجوز.

وقد قدّمنا في كتاب السلم ما يجوز أن يعجّل من الدّيون الثّابتة في الذّمّة سلماً أو قرضاً قبل أجله، وما لا يجوز من ذلك. ومنها ما يمنع فيه التّعجيل المشترط فيه الزّيادة أو النّقص.

والتّبرّي من العيب يتضمّن شكّاً في الزّيادة أو نقصاناً، والشّكّ في حصول الرّبا في العقود كتيقّن حصول ذلك.

وهكذا جرى الأمر في بياعات العرُوض الّتي لا يجوز التّفاضل فيها، كبيع صاع قمح بصاع قمح على أن لا قيام بعيب في أحدهما، فإنّ ذلك يمنع، إذا أجزنا البراءة في عيوب الطّعام والعروض. والشّكّ فيه من حصول التّفاضل بين الطّعامين، والشّكّ في حصول التّفاضل كالتّيقّن به. ونحن وإن كنّا نجيز صاع قمح طيّب بصاع قمح دنيء، ولا نلتفت في أحكام الرّبا إلى اختلاف الصفات، وإنّما نلتفت إلى اختلاف المقدار، فإنّ هذا إنّما يصحّ/ مع اطّلاع المتعاقدين على صفات الطّعامين، فيكون ذلك تراضياً بالعيب.

وأمّا إذا وقع الاشتراط في أن لا ردّ بعيب، فإن ذلك يصير/ العقد إلى المماكسة والقصد إلى التّفاضل في الصفات، على حسب ما كنّا قدّمناه في أحكام المراطلة في مسائل صوّرناها هناك.

وإن استوى وزن الذّهبين، فهذا عندي ممّا ينظر فيه مع القول بجواز البراءة في عيوب الطعام والعروض. لكن بيع البراءة غررٌ، وينضاف إليه ها هنا منع آخر وهو ما أشرنا إليه في أحكام الرّبا.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

أمّا اختلاف حال المتبايعين فإنّه لم يثبته مالك مرّة، بل ساوى بين سائر البائعين في جواز التّبرّي من العيوب وفي المنع من ذلك. وقد كنّا قدّمنا أنّ بعض المتأخّرين ينكر الخلاف عنه في كون بيع السطان بيع براءة. واعتلّ الشّيخ **أبو القاسم بن الكاتب** بكونه لم يختلف قوله في بيع السلطان خاصّة، واختلف قوله فيما سواه، على حسب ما حكيناه، لأجل أنّ بيع السلطان على المفلس أو لقضاء ديون من تركة ميّت حكمٌ منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فيه كما قدّمناه، والسطان إذا حكم بأحد أقوال العلماء لم ترد قضيّته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به.

وهذا الّذي قاله الشّيخ أبو القاسم فيه نظر عندي، لأنّ السلطان لم يتعرّض في البيع إلى خلاف أو وفاق، ولا قصد إلى حكم بإنفاذ بيع على البراءة فينفذ حكمه، وإنّما فعل في نفسه فعلاً أوجبه الشّرع عليه من قضاء ديون من تركة ميّت أو بيع مال مفلس، ولم يقصد إلى إمضاء الحكم بجواز البراءة وإنفاذها، وإنّما المقصود إيصال أهل الحقوق إلى حقوقهم. فلم يجر هذا مجرى ما قصد إلى الحكم به. وسنبسط القول في أحكام القضاء بما اختلف النّاس فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وبعض أشياخنا يثبت الخلاف في بيع البراءة، ولو كان السلطان هو الّذي تولّى البيع، ويتعلّق بقول **سحنون**: إنّ مالكاً قال، في القديم، بيع السلطان وبيع الميراث لا قيام فيه بعيب ولا بِعهدة، على حسب ما ذكره **سحنون** في هذه الرّواية. فقوله: كان يقول في القديم إشارة منه إلى أنّه له قولٌ آخر، وإن كان البيع بيع السلطان. فقال **ابن القاسم**: إذا بيع عبد على مفلس فللمشتري أن يردّه بالعيب. وهذا أيضاً إثبات الخلاف في بيع السلطان.

وأمّا بيع الورثة لقضاء الدّيون وتنفيذ وصايا، فإن فيه الخلاف المشهور، فاقتصر مرّة على ثبوت البراءة في بيع السطان، ومرّة أخرى أضاف إلى ذلك بيع الميراث ومراده في بيع أهل الميراث ما باعوه لقضاء دين أو إنفاذ وصيّة. وأمّا ما باعوه لأنفسهم، بحكم الانفصال من شركة بعضهم لبعض، فلاحقٌ ببيع الرّجل مال نفسه بالبراءة. فظاهر المذهب/ يقتضي اختلافاً في بيع البراءة، هل يصحّ بالاشتراط أو لا يصحّ ويثبت[1] إلا لمن اقتضى الحكم كون مطلق بيعه بيع براءة. فإذا قلنا: لا تصحّ البراءة إلاّ في بيع السلطان، أو في بيعه وبيع الورثة، ونفينا بيع البراءة في حقّ هذين[2] وإن اشترطوهما[3]، تضمّن ذلك كون الشّرط

---

(1) هكذا في النسختين، ولعلها على معنى النفي أي: ولا يثبت.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في حق غير هذين.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اشترطوها.

لا يؤثر فيها. وإن قلنا: تصحّ البراءة لمشترطها، وإن لم يكن سلطاناً ولا وارثاً، اقتضى ذلك ثبوتها بالاشتراط.

وقد قال مالك في الموّطأ: من باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو/ غيرهم على التبرّي، فقد برىء من كلّ عيب. وهذا الإطلاق يقتضي ثبوتها بالاشتراط لقوله: أهل الميراث أو غيرهم. وكأن من يثبتها بالاشتراط يرى أنّ علّة الجواز استواء البائع والمبتاع في الجهل بالعيب، على حسب ما قدّمناه. فإذا اشترط البراءة فقد أخبر أنّه جاهل بالعيب كجهل المشتري به، فصحّ اشتراطه. وإن قلنا: إن الاشتراط لا يؤثر فيمن لا يقتضي مطلق بيعه البراءة، فإنّ ذلك مبنيّ على أنّ ما لا يقتضيه من البراءة إطلاق العقد فلا يقتضيه الاشتراط، كما لو اشترط البائع البراءة ممّا علمه من العيوب فكتمه، فإنّ ذلك لا ينفعه لمّا كان إطلاق عقد البراءة لا يتضمّن البراءة من عيوب يعلمها البائع.

فإذا تقرّر هذا وقلنا إنّ بيع السلطان يقتضي إطلاقُه البراءة من العيوب، فإنّ ذلك يشترط فيه أن يكون المشتري عالماً بأنّ السلطان هو الّذي باع، أو باع من أمره السلطان بالبيع. فإن لم يعلم ذلك وظنّ أن البيع واقع ممّن لا تنفذ أحكامه، بل هو بيع رجلٍ مالَ نفسه، فإنّه لا يسقط مقاله في العيب، ويكون بالخيار بين أن يتمسّك بالمبيع على البراءة من العيوب أو يردّه.

وقيل: لا مقال له في العيوب. وهذا يحمل على أنّ من ذهب إلى هذا اعتقد أنّه ادّعى ما لا يشبه، لكون بيع السلطان لأنّه في غالب العادة إنّما يكون في مجمع واحتفال.

وأمّا لو كان البيع وقع من الورثة لقضاء دين أو إنفاذ وصايا، أو من وصيّ باع لقضاء دين أو إنفاذ وصيّة، لا لإنفاق على من في ولايته، فإنّ المشتريَ إذا لم يعلم بذلك فإنّه لا يسقط حقّه في القيام بالعيب، لكون هذا ممّا قد يخفى عن المشتري حال البائع. بخلاف بيع السلطان الّذي قلنا على أحد القولين إنّه لا يخفى ذلك. وبيع الوصيّ تثبت فيه البراءة بشرط أن يبيع لِدين أو لإنفاذ وصيّة.

فأمّا بيعه لحاجة الورثة، فلاحقٌ ببيع الإنسان مالَ نفسه لكون الدّيون والوصايا يجب إنفاذهما، ومن حقّ أهلها أن يعجّل لهم حقّهم إن طلبوه. والسلطان والورثة والوصيّ جاهلون بحال المبيع، وهم مطالِبون باستعجال البيع./ فحمل بيعهم على البراءة لأجل هذا، بخلاف بيع الإنسان مال نفسه.

ولو باع الورثة بشرط البراءة ولم يعلم المشتري أنّ البائع منه وارث، لصحّت البراءة، لكون الاشتراط ها هنا صادف محلاًّ للحكم فيه، مع إطلاق البراءة من العيوب، فروعي حكم المحلّ لمّا ضامّه الاشتراط. بخلاف بيع رجل مال نفسه الّذي لم يرثه، لكون الاشتراط للبراءة لم يصادف محلاًّ يوجب إطلاق البيع فيه البراءة. وإذا صادف الحكم محلّه نفذ وإن لم يعرف لمحلّه. وهذا غير الّذي ذكر ابن **القاسم**[1] من ثبوت البراءة يشبه من تزوّج امرأة زوجها غائب، وهذا الزّوج لم يعلم بموْت الزّوج الغائب، فلم يفسح نكاحه حتّى ثبت أن الزّوج الغائب مات وانقضت عدّة الزّوجة منه قبل عقد هذا الرّجل الثّاني نكاحه، فإن النكاح يمضي لمّا صادف محله وإن جهل في ظاهر الأمر حصول المحلّ.

وكذلك من قام إلى خامسة في صلاة الظّهر عمداً، فإذا به قد فسدت عليه ركعة يجب قضاؤها حتّى صارت الرّكعة المزيدة وقعت في محلّها، فإن هذا يجري مجرى واحداً.

وقد تكلّمنا على ما قيل في هذا في كتاب الصّلاة من كتابنا هذا.

وقد اختلف المذهب في اشتراط البراءة إذا باع الإنسان مال نفسه، هل يسوغ له ذلك، و[2]إن لم يختبر المبيع، وإنّما باعه/ بحِدْثان ملكه له، أو لا يسوغ له ذلك إلاّ بعد اختبار المبيع؟ فالمشهور أنّه لا ينفعه التبرّي من عيب إلاّ بعد أن يكون مختبراً للمبيع. فقال في التّجّار يقومون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة، ولم تطل إقامة الرّقيق عندهم،: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال النّاس باطلاً،

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

فلا تنفعهم البراءة. وقيل: تجوز البراءة في هذا. ذهب إلى هذا عبد الملك وغيره. وإحتجّوا بكون السلطان والورثة بيعهم بيع براءة وهم[1] يختبروا البيع.

وقد يجاب عن هذا بما كنّا قدّمنا الإشارة إليه من كون السلطان إنّما يبيع لدين يقضى يجب تعجيله. والسلطان إن كان لم يختبر المبيع، فإنّ الضّرورة لقضاء الدّيون تقتضي جواز بيعه بالبراءة. وكذلك الوارث إذا باع لقضاء دين أو إنفاذ وصيّة. والّذي باع مال نفسه لم تدع ضرورةُ مراعاةِ حقٍّ غيره إلى استعجال البيع، فمنع من البراءة قبل الإختبار للمبيع.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال: قد قدّمنا أنّ بعض المتأخّرين أنكر اختلاف قول مالك في جواز البراءة من العيب اليسير، وحمل اختلاف قوله على العيب الكثير. ومنهم من يحكي عنه الخلاف مطلقاً. وقال المغيرة إنّما تجوز البراءة في العيب اليسير، كالثّلث فأقلّ، فأمّا إذا زاد على الثّلث،/ فلا تجوز البراءة. فكأن من أجاز التبرّي على الإطلاق يعتلّ بأنّ سبب الجواز كون البائع والمبتاع استويا في الجهل بالمبيع، وما استويا في العلم أو الجهل به جاز العقد عليه واتبع الغرر فيه. وهذا يقتضي جواز البراءة في العيب الكثير واليسير. ومن يمنع البراءة في العيب الكثير، يعتِلّ بأنّ الأصل المنع من بيع البراءة لأجل ما فيه من الغرر، على حسب ما بيّناه فيما تقدّم، والغرر إذا خفّ وكان يسيراً غير مقصود، لم يمنع، وإذا كان كثيراً مقصوداً عظم التّخاطر فيه واتّضح الغرر، فوجب أن يمنع. والعيب الكثير ممّا يعظم التّخاطر بخلاف اليسير.

ومن هذا بيع الجارية الرّائعة بشرط البراءة من الحمل، وليس بها حمل ظاهر، فإنّ المذهب المنع من ذلك. واحتجّ صاحب المذهب بعظم الغرر في هذا الاشتراط، وأنّ الحمل يحطّ من ثمنها كثيراً، ومقداراً عظيماً، فوجب أن يمنع هذا التبرّي من الحمل العظيم[2] الغرر فيه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وهم لم يختبروا.

(2) هكذا ولعل الصواب لعظم.

وأجاز التّبرّي من حمل الرّائعة الشّافعي. وكأن **الشّافعي** لم يفرّق بين سائر العيوب والحمل من جُملتها. وكأن **مالكاً** رضي الله عنه وأصحابه يرون أنّ ما سوى الحمل مِن العيوب، الظّاهرُ السلامة منها، والبائع يخبر ألاّ عيبَ بالمبيع، فصار الظّنّ بالسلامة من هذه العيوب يرفع الغرر. بخلاف الحمل في الرّائِعة الّذي لا علم عند واطئها بالسلامة منه، فيقول على خبره، ولا الغالب أيضاً، والظّاهر من الحال يقتضي السلامة منه.

وأمّا التّبرّي من حمل أمة من الوخش، فإنّ ذلك جائز عندنا، لكون الحمل لا ينقص من ثمنها مقداراً كثيراً، فلا يقتضي اشتراط التّبرّي منه غرراً، فجاز ذلك.

وإذا منعنا التّبرّي منه في الأمة الرّائعة، فإن البيع إذا عقد على ذلك، سقط الشّرط. وهل يسري ذلك إلى فساد العقد أم لا؟ وهل يقع الضّمان بالقبض أم لا؟ هذا يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

لكن حكى **ابن حبيب** عن **مالك** أنّ من باع أمة وهو مقر بوطئها، وشرط التبرّي من الحمل أن الشّرط وإن بطل، فإنّه/ لا يبطل العقد. وأنكر **الشّيخ أبو محمّد ابن أبي زيد** هذه الرّواية لمّا رءاه شرطاً متّفقاً على فساده. وقال بعض المتأخّرين يلزم على هذه الرّواية أن يجوز التّبرّي من حمل الأمة الرّائعة. كما قاله **الشّافعي**، وينفذ العقد على ذلك ولا يفسد.

فمن يذهب إلى إمضاء العقد يقدّر هذا كأحد بياعات الشّروط التّي يسقط الشّرط ويصحّ البيع. وقد كنّا تكلّمنا على أحكام الشّروط الفاسدة في كتاب البيوع الفاسدة، وأشرنا إلى ما يعلم منه وجه هذا المذهب.

وعندي في هذه/ المسألة أنّ لو كانت الأمة ذات زوج أو ظاهرة الزّنا، لم تردّ بعيب حمل، لكون المشتري دخل على ذلك، فلا يحطّ ذلك من ثمنها ما يتضمن غرراً في العقد، لكونها معرّضة للحمل.

وقد وقع في بعض الرّوايات فيمن إشترى زوجته فانفسخ نكاحه بشرائها،

ثمّ ظهر بها حمل، أنّ له الرّدّ به. وهذا خلاف مقتضى هذا الّذي أصّلنا.

ولو كان حمل الرّائعة ظاهراً لجاز التّبرّي منه لأن التّبرّي منه إخبار عن أمر مشاهد.

ولو شرط المشتري كونها حاملاً لمنع من هذا الشّرط، رائعة كانت أو من الوحش، لكون المشتري قد زاد في الثّمن لأجل ما اشترط، فهو كشراء الأجنّة وشراؤها لا يجوز.

وكذلك لو اشترط في ناقة أو شاة أو رمكة، فإنّ هذا لا يجوز.

وأجاز أشهب ذلك في اشتراطه حمل رَمَكَة أو شاة. وهكذا ذكر ابن دينار عن ابن كنانة وابن أبي حازم. وكأن هؤلاء في حكم التبع للأمّهات جائز بخلاف إفراده. كما يجوز اشتراط الثّمرة المؤبّرة إذا بيعت مع الأصول.

فإذا قلنا بجواز الاشتِراطِ للحمل في هذا النّوع من الحيوان فكشف ألاّ حمل فيما اشترط كونه حاملاً، فقد قيل: للمشتري الرّدّ بذلك. وقال ابن أبي حازم وابن كنانة: لا يردّ للمشتري بذلك إذا كان البائع يعتقد أنّها حامل، ولم يعلم ألاّ حملَ بها. وكأنه على هذا المذهب إنّما اشترط ظنّ البائع للحمل لا يقينه به، والظّنّ يخطىء ويصيب.

وأمّا اشتراط المشتري ذلك في الرّائعة وكونها حاملاً، فإنّ ذلك محمله محمل التّبرّي من الحمل، لكون هذا عيباً ظاهراً، والعيب لا يشترط إلاّ بمعنى التّبرّي منه. وإن كانت من الوحش فإنّه يرّدها، على حسب ما حكيناه من مذهب من ذهب إلى ردّ النّاقة المشترط حملها إذا لم تكن حاملاً. هذا اشتراط البراءة من الحمل أو اشتراط حصوله.

وأمّا تناول البراءة العامّة من كلّ عيب بالجارية، فإنّ الحمل لا يدخل في هذه البراءة، لأنه إذا لم يجز إفراده بالاشتراط، لم يجب دخوله في لفظ عام لبراءة تجوز. كما لا يشتمل اشتراط البراءة على ما يعلمه البائع من العيوب، لكون ما يعلمه من العيوب لا يجوز إفراده بهذا الاشتراط، وهكذا قال ابن

الموّاز: البراءة العامّة لا يدخل فيها الحمل، ولو اشترط البراءة منه في الرّائعة، لفسد البيع.

وقد حاول بعض المتأخّرين تخريج اختلاف. فقال: قد قال ابن حبيب فيمن اشترى جارية مسبيّة في المقاسم أو وقعت في سهمانه، فإنّه لا يردّها بحمل يظهر. لأنّ بيع المقاسم بيع براءة. قال: وهذا يقتضي دخول الحمل في البراءة العامّة.

وهذا الّذي قاله قد يجاب عنه بأن المسألة مبنيّة أنّ المسألة[1] ذات زوج. وقد قدّمنا أنّ من اشترى أمة ذات زوج فإنّه/ لا يرد بحمل يظهر. فإذا أمكن هذا كان هذا التّحريم فيه نظر. إلاّ أن يحمل ما ذكرنا على جارية مسبيّة ليست بذات زوج. وإذا تقرّر حكم/ البراءة وتأثيرها، وما يجوز منها وما لا يجوز إذا وقع الشّرط في العقد، فإن التّبرّي من العيوب بعد العقد على وجهين.

أحدهما: أن يتبرّأ البائع من عيب ظاهر، فإنّ المشتري يخيّر حينئذ في قبول البيع أو ردّه. كما لو اطّلع على عيب من تلقاء نفسه، وإن لم يكن عيباً ظاهراً، فإنّه لا يلزم المشتري تصديق البائع، بل يقف الأمر على اطلاع المشتري عليه، وتقدّم الكلام على هذا.

وأمّا إن تبرّأ بعد العقد بعوض، فإنه ذكر في المدوّنة فيمن باع دابّة وأتى بعد العقد فتبرّأ من عيوبها على دينار بذله المشتري[2] فإنّ ذلك لا يبريه. وإن كان ذلك في جارية، لصحّت البراءة. قال ابن حبيب: لأنّ ما بعد العقد ملحق به. كما يصحّ استلحاق مال العبد بعد العقد، كما يصحّ اشتراطه في أصل العقد. وكما يشتري مكيلة من صبرة طعام بعد أن باعها والمكيلة بمقدار ما يجوز استثناؤه من الصبرة كيلاً. وهذا الّذي ذكروه بناء على تخصيص الرّقيق بجواز البراءة من عيوبه، ومنع ذلك فيما سواه من الحيوان. وقد ذكر ابن حبيب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المَسْبيّة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للمشتري.

أنّه لو عقد البيع على عشرة دنانير على أن وضع ديناراً من العشرة ليبرأ من العيوب، أنّ ذلك لا يبرئه. قال: كمن تزوّج بعشرة دنانير على أن يسقط عنه دينار على ألاّ يتزوّج على المرأة، فإنّ هذا الشرط لا يلزم.

وتعقّب هذا القول عليه ونقض فيه ما تقدّم من قوله: إنّ ما بعد العقد ملحق بالعقد. فإذا باع جارية بعشرة دنانير ليبرأ من عيوبها، فإنّ العقد، وإن لم يعتبر فيه ما سقط، قد اشترط فيه البراءة، واشتراط البراءة في الجارية في أصل العقد يجوز، وإن لم يخصّ بعوض، واشتراط ألاّ يتزوّج في أصل عقد النّكاح لا يلزم. ولا يبعد هذا الاشتراط على المعروف من المذهب، وهذا يمنعه من قياس اشتراط البراءة على اشتراط ألاّ يتزوّج.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

إذا انعقد البيع على البراءة فاطّلع المشتري على عيب، فإنّ الحكم أن يحلف البائع أنّه لم يعلم بالعيب. فإن حلف على ذلك سقط مقال المشتري في الرّدّ، وإن نكل ردّ عليه المبيع بالعيب. وفيما كان ذلك كذلك لأجل البراءة يشترط في تأثيرها كون البائع لا يعلم بالعيب. فلو ثبت أنّ العيب عنده وأنّه باع وهو عالم به، لكان يجب للمشتري الرّدّ. فإذا أمكن علمه بذلك، استظهر عليه باليمين لأجل هذا الإمكان./ فإن حلف فقد رفع يمينه حكم هذا الشّكّ والإمكان. وإن نكل صار كالمقرّ بأنه عالم بالعيب، فيجب الرّدّ عليه، من غير يمين على المشتري، لأنه غير قاطع على علم البائع بذلك. ويجري ذلك مجرى أيمان التّهم التّي لا يرجع اليمين فيها. هذا الأصل المشهور من المذهب.

وإن كان قد ذكر في المستخرجة عن ابن القاسم أنّ البيع لا يرد حتّى يحلف المشتري على أنّ هذا العيب لم يحدث عنده.

وقد تعقّبت هذه الرّواية بأنّه ذكر فيها، أنّ العيب قديم، ثمّ استحلف المشتري على أنّه لم يحدث عنده، ولا يصحّ استحلاف أحد على قول شهدت له بصحّته البيّنة.

واعتذر عن هذا بأن قِدَم العيب لم يثبت يقيناً، وإنّما ثبت بقول علماء الطّبّ، وقد يخطِئون فيما يعتقدون من المداواة والعلل. فلهذا لم يحكم ها هنا بقدم العيب على القطع.

وهذه الرّواية لم يرجع اليمين فيها على المشتري على طباق ما وجبت على البائع، لأنّ طباق ما وجبت على البائع أن يقول المشتري: بالله لقد علمت أيّها البائع بها. ولكن/ هذا لا يلزمه لعدم القطع على علم البائع كما قدّمناه. وإنّما صار في هذه الرّواية إلى استحلاف المشتري لأجل أنّ الأصول تقتضي أنّ اليمين إذا وجبت في محلّ فعدل عنها، انتقلت إلى المحلّ الآخر.

هذا إذا ثبت قدم العيب.

وأمّا الوشكّ في قدم العيب أو حدوثه، فإن فيه قولين:

أحدهما إثبات اليمين، إذا وجبت، لحصول الشّكّ في كون هذا العيب كان عند البائع، وفي كونه علم بما فيه، فيفتقر إلى رفع هذا الإمكان إلى يمين البائع.

وقيل: لا يمين عليه ها هنا لأجل أنّ المؤثّر في الرّدّ علم البائع بالعيب. فإذا ثبت قدم العيب، حلف على نفي إمكان واحد. وإذا لم يثبت قدمه وشكّ في حدوثه عند المشتري، لم يؤثّر إمكان كونه عالماً بالعيب إلاّ بعد إمكان وجه آخر، وهو كون العيب قديماً عند البائع. فلمّا صار الإمكان ها هنا لم يتصوّر إلاّ بواسطة وإمكان آخر ضعف تعلّق اليمين.

هذا هو وجه الاعتبار فيما قدّمناه. لكن عوّل مالك، رضي الله عنه، فيه على قضيّة عثمان بن عفّان، رضي الله عنه، فإنّه حكى في موطئه أنّ عبد الله بن عمر باع غلامه فقام المشتري بعيب فيه، وقال لابن عمر: بعتني، وبه داء لم أعلم به. فاختصما إلى عثمان، رضي الله عنه، فقضى على عبد الله بن عمر باليمين أنّه لم يعلم بالعيب، فأبى أن يحلف، وارتجع العبد، فذهب عنه الداء فباعه عبد الله بن عمر بعد ذهاب دائه بألف وخمسمائة درهم. وقد كان بيعه

الأول بثمانيمائة درهم. فاقتضى هذا الأثر كون البراءة لا تؤثر فيما علمه البائع من العيب. واستحلاف البائع/ على أنّه لم يعلم بالعيب. وقضِيَ بذلك على ابن عمر، رضي الله عنه، ـ وإن كان من الفضل، وبروز العدالة، والمبالغة في الدّيانة، بحيث لا يتّهم، ـ طرداً لهذا الحكم وجَعْلِه كقضيّة كلّية في الصالح وغير الصّالح، كما كنّا قدّمنا في بياعات الآجال واعتللنا به في حماية الذّرائع.

وظاهر هذا الحديث يقتضي ألاّ يوقف يمين البائع على دعوى المشتري أنّ البائع عالم بالعيب، لأنّ عثمان، رضي الله عنه، لم يطلب المشتري أن ينطق بهذه الدّعوى. وهذا هو الأظهر في الرّوايات إذا طالب المشتري استحلافه ولم يدع أنّه عالم بكون البائع عالماً.

وقد قال لبعض المتأخّرين: إنّ الرّواية التّي قدّمناها عن ابن[1] المذكورة في **المستخرجة** من قوله: إذا نكل البَائع، لم يردّ البيع إلاّ بعد يمين المشتري. يقتضي وقف هذا الحكم على دعوى المشتري: أنّ البائع عالم بالعيب.

وهذا الّذي قاله فيه نظر، لأنّا قدّمنا أنّ هذه الرّواية التّي أشرنا إليها لم يلزم المشتري فيها أن يحلف على أنّ البائع عالم بالعيب. فإنّما تلزمه اليمين على أنّه لم يعلم أنّ هذا العيب حدث عنده. فلا يكون في هذا تعلّق بما أشار إليه. هذا فيما استقراه من هذه الرّواية.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال: ذكر بعض المتأخّرين أنّ بيع البراءة إذا وقع من السلطان وأهل المواريث الّذين باعوا لِقضاء دين أو إنفاذ وصيّة، فإنّ المشتري إذا اطّلع على عيب قبل أن يفوت الثّمن ويفرّق على الغرماء فإنّ له الرّدّ بالعيب. فإذا فرّق الثّمن على الغرماء، لم يردّ بالعيب.

فحصول تأثير البراءة في بيع السلطان والمواريث، كما قدّمناه، لكون الثّمن قد فات واقتسمه الغرماء. فصارت هذه ضرورة تقتضي منع الردّ بهذا العيب. بخلاف أن تكون البراءة إنّما تثبت باشتراط، على أحد القولين المتقدّمين،

---

(1) بياض في المدنية غير موجود في الوطنية مقداره كلمة ولعلها: القاسم.

فيما باعه الإنسان لنفسه واشتراط البراءة منه، فإنّ المشتري لا قيام/ له بعيب، وإن كان الثّمن حاضراً، لكون اشتراط البراءة من ثبوت حقّ له في هذا العيب.

وهذا فيه نظر عندي لا ينحقّق فرق بين بيع السلطان وبين اشتراط البراءة فيما باعه الإنسان لنفسه في هذا. لأنّ بيع السلطان إذا كان الحكم يوجب البراءة فيه، كان ذلك كبراءة تجب بالاشتراط. بل ربما كان ما يجب حكماً آكد ممّا يجب شرطاً. فهذا ممّا ينظر فيه.

لكن قد وقع في **المدنيّة** في السلطان إذا باع وثبت أنّه علم بالعيب فيما باعه، أو ثبت أنّ الغريم الّذي بيع ذلك عليه عالم بالعيب، أنّ **داود بن جعفر** روى عن **مالك** أنّ المشتري يردّ هذا المعيب إذا كان حاضراً./ فإذا كان فرق على الغرماء لم يرد بذلك، مع كون هذه البراءة قد بطلت بعلم البائع بالعيب، فوجب الرّدّ.

وفرْق بين كون الثّمن قسم على الغرماء أو لم يقسم، فمنع من الرّدّ إذا قُسِم، لكون هذه ضرورة تمنع من ردّ البيع. بخلاف إذا كان الثّمن حاضراً.

وهذه التّفرقة تشير إلى التّفرقة التّي حكيناها عن بعض المتأخّرين فيما يثبت من البراءة حكماً لا شرطاً.

وقد حكي عن **مالك** وابن **نافع**، وغيرهما من أصحاب **مالك**: أنّ العلم بالعيب حين عقد السلطان له الحكم المطالبة بقيمة العيب. وقدّر في هذا القول أنّ هذا المعيب، وإن كان المعيب لم يفت، فإنّه يقدّر كمبيع فات بكون الحكم فيه المطالبة بقيمة العيب، لكون الثّمن اقتسمه الغرماء، ويعسر ردّه منهم.

والمشهور من المذهب تمكين المشتري من الرّدّ إذا ثبت كون السلطان عالماً بهذا العيب حين باع والرجوع بالثّمن على الغرماء.

وقد وقع **لسحنون** فيمن قيم عليه بسقوط أضراس عند بائعه. فقال البائع للمشتري: تبرّأت إليك منها، فأنكر المشتري، فأتى البائع ببيّنة: أنّه باع بالبراءة مطلقاً، أنّ هذا لا ينفعه. لكون قوله: تبرّأت إليك منها تتضمن أنه عالم بهذا

العيب. ومن علم بالعيب لا تنفعه البراءة مطلقة، كما قدّمناه.

وتعقّب هذا بأنّ قوله: تبرأت إليك منها، تضمّن أنّه عالم بهذا العيب. ومن علم بالعيب لا ينفعه البراءة مطلقة، كما قدّمناه.

وتعقّب هذا بأنّ قوله: تبرأت إليك منها، يحتمل أن يكون أراد أنّ البراءة العامّة تبريني منها، كما تبرّأت إليك منها، تخصيصاً لها بالذّكر.

وكذلك أيضاً وقع **لسحنون** فيمن قيم عليه بعيب في جارية فقال: بعتها بالبراءة، فأنكر المشتري ذلك، فصدّق المشتري، وقَضَى بأنّ القول قوله، وردّ الجارية، فقام بائعه منه الّذي ردّت عليه على من باعها منه هو أيضاً. فقال له البائع الأول: أنت زعمت أنّك بعتها بالبراءة من هذا العيب، وأنّ هذا الّذي ردّها عليك ظلمك فردّها عليك، ولا سبيل لك إلى ردّها عليّ، وقد أقررت بأنّها ردّت عليك بغير حقّ. فقال **سحنون**: له أن يردّها على البائع لكون البيع قد انتقض.

وكذلك يحلّ وطؤها بهذا الرّدّ، كمختلفَيْن في ثمن جارية، فتحالفا وتفاسخا، فإنّ للبائع وطء الجارية إذا تفاسخا فيها وتحالفا، وإن كان يعتقد أنّ مشتريها قد ظلم في ردّها.

وهذا قد سبق نحن كلامنا على هذه المسألة في اختلاف المتبايعين.

وإذا اشترى رجل عبداً بالبراءة ثمّ باعه على العهدة، فإن للمشتري مقالاً في هذا البيع ونقضه، لأنّه يعتلّ بأنّه قد يطّلع على عيب يجب له من أجله ردّ هذا العبد بالعيب، فيجد البائع مفلساً، فيكون من حقّه أن يردّ على من باع ذلك منه، فلا/ يمكنه لكون البيع الأوّل عقد على البراءة.

وخرج على هذه الرّواية ثبوت مقال لمن/ اشترى عبداً من رجل وهب له ذلك العبد، لأجل أنّه يعتلّ المشتري أيضاً بأن يقول: قد يستحقّ العبد من يدي، فيجب لي الرّجوع على من باعه منّي فأجده مفلساً، فلا يكون لي سبيل إلى الرّجوع على من صار إليه ذلك العبد منه، لكونه أخذ هذا العبد هبة لا عن معاوضة.

وكذلك أيضاً لو اشتراه على العهدة وباعه بالبراءة، فإنه يمنع من هذا البيع، لكون المشتري قد يطّلع على عيب أتلف هذا العبد، فلا يمكنه الرّجوع على من باعه منه، لكون البائع منه قد تبرّأ له من العيوب، فيحصل له ثمن العبد الفائت ويكون من حقّه الرّجوع على من باعه منه، لأجل أنّه لم يبرأ له من العيب، فيحصل على أخذ ثمن هذا العبد مرّتين، فمنع من هذا العقد لأجل هذا الذي ذكرناه. وبالله التّوفيق.

قال القاضي أبو محمّد، رضي الله عنه،: وعهدة الثلاث لازمة في الرّقيق. ثمّ عهدة السّنة بعدها من الأدوار الثّلاثة الجنون والجذام والبرص في كلّ بلد جرت عادتهم باشتراطها أو استأنفوها. ولا تلزم في المواضع التّي لم يتعارفوها إلاّ أن يستأنفوا اشتراطهما.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل اثنا عشر سؤالاً. منها أن يقال:

1 ـ ما معنى العهدة؟

2 ـ وما تأثيرها؟

3 ـ وما قسمتها؟

4 ـ وما محلها من البياعات؟

5 ـ وما محلّها من العقود؟

6ـ وما محلّها من البلاد؟

7ـ وما حكم النّقد فيها؟

8ـ وما حكمها في البيع الفاسد؟[1]

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال: المراد بالعهدة ها هنا تعلّق البيع بضمان البائع فيما طرأ عليه من نقص في بدن أو ثمن أو تلف عين.

وهذا ممّا ينقسم في البياعات الصحيحة اللاّزمة على قسمين:

---

(1) لا توجد بقية الأسئلة في النص.

أحدهما الضّمان من جهة حقّ توفية لزمت البائع بكيل أو وزن أو عدد، أو بالتّسليم وإمكانه. وهذا يؤخّر الكلام عليه إلى فراغنا من هذا الفصل، وإن كان يعدّ منه أوّلاً. وقد ذكره في **المدوّنة** في أوّل كتاب الرّدّ بالعيب. ولكن أخّرناه لتأخير القاضي أبي محمّد رحمه الله في كلامه على العيوب.

والقسم الثاني تعلّق الضّمان بالبائع بعد قبض المشتري المبيع. وهو الّذي نبيّنه في هذا الفصل.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال: هذه العهدة التّي نتكلّم عليها على وجهين: عامّة في الضمان، وخاصّة.

فأمّا العامّة من ناحية الضّمان، ففي عهدة الثّلاثة أيّام.

وأمّا الخاصّة من جهة الضّمان عهدة السنة، فإنّ البائع لا يطالب فيها إلاّ بضمان ثلاثة أدواء، إن ظهرت، وهي الجنون والجذام والبرص.

وأمّا/ عهدة الثّلاث، فإنه يضمن البائع سائر ما حدث من الأمراض فيها والنّقص كلّه وذهاب العين. لكون هذه المدّة جعلت في الشّرع مضافة إلى ملكه، والمالك مصيبة ما حدث في ملكه منه. وإذا كان كذلك كانت النّفقة على البائع، والكسوة. كما يكون ذلك عليه في ملكه.

ومقتضى هذا أن تكون له الغلّة في هذه الثّلاثة أيّام. لكن هذا المعنى نبسطه في الفصل الّذي وعدنا بالكلام عليه بعد هذا. فإنّ رأي بعض أشياخي أنّ الغلاّت فيما بيع واحتبس بالثّمن يجري على القولين في ضمان ما حبس بالثّمن. فإن قلنا: ضمانه من البائع، كانت الغلاّت له، لأنّ الخراج بالضّمان. وإن قلنا: إنّ الضّمان من المشتري، كانت الغلاّت له. وهكذا قال **سحنون** لمّا ذكر/ اختلاف قول **مالك** في بيع الغائب أنّ النّماء والنّقصان يجري على اختلاف قوله. وإن كان القاضي أبو محمّد أشار في بعض كتبه إلى ارتفاع الخلاف في الغلّة، وأنّها للمشتري. لكن المنصوص ها هنا أنّ ذلك للبائع. وقد قال في كتاب بيع الخيار من **المدوّنة**: ما جنى على العبد في الثّلاث أو تصدّق به عليه، فإنّه للبائع.

لكن ابن أبي زمنين ذكر معارضة في قوله: إنّ ما جني عليه في الثّلاث فأرشه للبائع، وللمشتري أن يردّه بعيب هذه الجناية، فإنّ الواجب في العبد المجنيّ عليه إيقافه حتّى يُطلَع على ما تنتهي إليه الجناية، ولا يقضي فيها قبل برئها. والأمد الّذي ينتظر فيه برؤها مجهول، فيجب أن يفسخ هذا البيع، ويمنع المشتري من إمضائه، لأجل هذه الجهالة بأمر الوقف لانتظار البرء. إلاّ أن يسقط عن الجاني هذه الجناية، فيصحّ للمشتري الرّضى بهذا العيب، بشرط، أيضاً، أن تكون الجناية غير مهلكة، فإنّه لا يُمكَّن من إمضاء هذا البيع، ولو سقطت الجناية، لأنّه يكون كابتداء شراء عبد قد قارب الموت.

وهذا الّذي نبّه عليه **ابن أبي زمنين** من المعاوضة التّي وقعت لبعض أشياخه في هذه بأنّ رضا المشتري بإمضاء البيع مع هذا العيب يجب أن يمنع منه.

وما فعله هو أيضاً من فسخ البيع إلاّ أن يشترط الجناية، ولم يبلغ العبد إلى حالة لا يجوز عقد الشّراء فيها، إنّما يصحّ على إحدى الطّريقتين. وأمّا على الطّريقة الأخرى، وهي مذهب أصحاب **مالك**، في أنّ ما توجبه الأحكام في هذا بخلاف ما دخل فيه اختياراً، وأنّ ما حدث بعد العقود من جهالة قد كانت مرتفعة في أصل العقد لا يمنع من التّمسك بالمبيع.

وقد ذكرنا في أوّل كتاب الرّدّ بالعيب مذهب **ابن حبيب** في أنّ استحقاق أكثر الثّياب المبيعة لا يمنع المشتري من التمسك بما لم يستحقّ، وإن كان مقداره في الثّمن مجهولاً، لمّا كان معلوماً في أصل العقد. فكذلك ما نحن فيه، بل هو أبعد من هذا، لأنّه قد تكون جناية قد برئت في الحال. أو وقفاً للإطلاق على الواجب فيها لا يمنع من كمال التّصرّف في المبيع والانتفاع به، فلا يكون لهذا الوقف تأثير في منع البيع.

والّذي ذكرناه ها هنا من إجراء هذه المسألة/ على الاختلاف في المحبوسة بالثّمن إنّما يتّضح إذا قلنا في بيع العهدة: إنّه منعقد.

وأمّا إن قلنا: إنّه موقوف على ذهاب أيّام العهدة، فإن ذهبت والمبيع

سالم بيّنا[1] صحّة العقد. وإن ذهبت وهو معيب بيّنا[1] أنّه عقد غير لازم للمشتري، فإنّ هذا يخرج على طريقة أخرى.

والجواب عن السؤال الثّالث أن يقال: أمّا العهدة فإنّها عهدتان: كبرى من جهة الضّمان صغرى من جهة الأمد، وهو ثلاثة أيّام. فإنّ ضمان كلّ ما حدث بالعبد أو الأمة متعلّق بالبائع عموماً، كان ذلك بأمر من الله سبحانه، أو باكتساب من النّاس.

والعهدة الثّانية صغرى من جهة الضّمان كبرى من جهة الأمد، وهي عهدة السنة. فإنّ البائع لا يضمن العبد أو الأمة إلاّ من ثلاثة أدواء وهي الجنون والجذام والبرص.

واختلفت الرّواية عن مالك في دخول العهدة الصغرى في العهدة الكبرى من ناحية الأمد، هل تحسب السنة من يوم العقد، أو بعد انقضاء الثّلاثة أيّام؟

وسبب الاختلاف أنّ الأصول مبنيّة على دخول الأصغر في الأكبر/ كما نقول، فيمن بال ثمّ أجنب، فإنّ الوضوء الواجب عن البول ساقط عنه بدخوله في الغسل الواجب عن الجنابة. وكما نقول العمرة تدخل في عمل الحجّ لمن قرن الحجّ والعمرة، لمّا كانت جزءاً من أعمال الحجّ. وهذا مقتضى دخول الثّلاثة أيّام في السنة.

أو يقال بأن الضّمان المتعلّق بالثّلاث ضمان سائر الأمراض، وذهاب العين، والمتعلّق بعهدة السنة ضمان لأمور مخصوصة، كما قدّمناه. فلمّا اختلف تأثيرهما واختلف أمدهما، لم يتداخلا. ووجب أن تكون عهدة السنة، بعد ذهاب الأيّام الثّلاثة وبعد ذهاب أيّام الاستبراء فيما يجب فيه الاستبراء. لكن دخول الثّلاثة أيّام في أمد الاستبراء ثابت، لكون تأثير الأمرين لا يختلف. لأن عهدة الثّلاث تتضمّن الضّمان لكلّ نقص. فارتفع سبب الخلاف الّذي ذكرناه في دخول عهدة الثّلاث في عهدة السنة.

---

(1) هكذا في النسختين ولعل الصواب: تبينا

ولو حصل الاستبراء عقيب العقد بيوم ونحوه. مثل أن تضع الأمة وما في معنى ذلك، لوجب انتظار ذهاب بقيّة الثّلاثة أيّام.

ولو عقد البيع على خيار لكانت العهدة بعد أيّام الخيار. هذا هو المنصوص في هذا.

وإنّما يصحّ ما قالوه من كون عهدة الثّلاث بعد ارتفاع الخيار بناء على أحد القولين عندنا في أنّ بيع الخيار إنّما يعدّ منعقداً حين إمضائه.

وعلى هذه الطّريقة التّي نبّهناك عليها في تداخل العُهَد ينبغي أن تسلك في بيع عبد غائب. فإنّا إذا قلنا: ضمان المبيع الغائب من بائعه يجب أن تحسب الثّلاث عقيب العقد إذا انقضت، بقيت المطالبة بعهدَة الغيبة. وكذلك ينبغي أن يجري الأمر في المحتسبة بالثّمن لكون الضّمان فيما ذكرناه من هذين عامًّا كعموم ضمان عهدة الثّلاث.

ولو وقع العقد في بعض يوم، فإنّ المرويّ عن مالك إلغاؤه وانتظار ثلاثة أيّام بعده. كما يعتبر في إتمام صلاة المسافر أربعة أيّام كوامل. وكما يعتبر/ في العقيقة أيّامها كوامل. وقد يتخرّج على قول سحنون في تلفيق الأيّام في صلاة المسافر، وأنّه يعتبر عشرين صلاة، أن يعتبر ذلك في عهدة الثّلاث. وقد يلتفت في هذا إلى علّة الأصل وهي ضرب الثّلاث، هل ذلك لأجل أنّها دون حُمَّى الرِّبْع، فينظر مقدار دون هذه العادة.

والجواب عن السؤال الرّابع أن يقال: أمّا محلّها من المبيعات، فإنّها إنّما تعتبر في الرّقيق خاصّة، ذكوره وإناثه. والدّليل على ذلك ما رواه الحسن عن عقبة بن عامر أنّ النبيّ ﷺ قال: (عهدة الرّقيق ثلاث ليال)[1]. وروى الحسن أيضاً عن سمرة بن جندب أنّ النبيّ عليه السلام قال: (عهدة الرّقيق ثلاث)[2].

وذكر **مالك** في الموطإ أنّ **أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل** كانا يذكران

---

(1) فيض القدير: 4/366. حد. 5635.

(2) ابن ماجة عن سمرة. نفس المصدر.

في خطبتما عهدة الرّقيق[1] ورأى **مالك** رضي الله عنه أنّ الأمر إنّما يذكرون هذا في **المدينة** على رؤوس النّاس، ولا أحد ينكره لكونه متقرّراً في الشّرع عندهم مشتهراً.

وعلّل هذا بأنّ الرّقيق يكتم عيبه، فيجب أن يستظهر فيه بالثّلاثة أيّام حتّى يتبيّن للمشتري ما كتم عنه.

وعلّل أيضاً بأنّه يختصّ بذكر عيبه. بخلاف غيره من الحيوان. فيمكن أن يكون ذكر ذلك لسيّده، فبادر لبيعه خوف أن يتبيّن مرضه. فجعلت الثّلاث أمدد البيان ارتفاع تدليسه. كما/ جعلت في التصرية التّي دلّس بها البائع.

وأمّا عهدة السنة فإنها اختصت بالثلاثة أدواء، لكون الجنون والجذام والبرص تتقدم أسبابه، ويظهر في فصل من فصول السنة دون فصل، بحسب ما يؤكّد طبيعة الفصل سببه. فانتظر بذلك الفصول الأربعة وهي السنة كلّها حتّى يؤمن من هذا العيب ومن التّدليس به.

وأنكر **أبو حنيفة** هاتين العهدتين. واستدلّ أصحابنا عليه بما ذكرناه من الآثار وطرق الاعتبار. وقد ذكرنا في الاعتبار تعليلين مختلفين ونبّهناك عليهما في أوّل بيع البراءة.

وهذه الثّلاثة أدواء إنّما تؤثّر إذا تحقّقت، ولو ظهر من الجرب ما يشبه الجذام، ولا يكون جذاماً، لم يردّ به.

وأمّا الجنون فإنّه إذا كان من مسّ الجانّ وجب الرّدّ به لكونه مفتقراً إلى انكشافه بذهاب الفصول الأربع الّتي يمكن أن يحدث فيها في فصل دون فصل. ولو كان من حادث علم سببه مثل أن يضرب رأسه في خلال السنة فيجنّ فإنّ في المذهب قولين: المشهور ألاّ ردّ بهذا. وقال **ابن وهب**: يجب الرّدّ به أخذا بعموم الرّدّ بالجنون كلّه على اختلاف أسبابه، كما وجب عموم الضّمان في عهدة

---

(1) الموطأ: 2/ 134. حد. 1790.

الثّلاث في سائر أجناس الأمراض. ورأى الآخرون أنّ هذا ممّا لا يقف العلم به على مضيّ الفصول الأربع. فلم يعتبر في عهدة السنة لفقد العلّة الّتي ذكرناها في اعتبار السنة.

ولو شكّ في هذه الأدواء في السنة/ وتحقّقت بعد مضيّ السنة لكان في ذلك قولان.

وكذلك لو تحقّق سببها في السنة وأنّها ستظهر بعد السنة، فإنّ في ذلك أيضاً قولين.

ولو ذهبت الحمى في عهدة الثّلاث فإنّ ظاهر المذهب على قولين: عند **أشهب** يقف الأمر على اعتبار حالها بعد الثّلاث، هل تعود بالقرب فيجب الرّدّ أو لا تعود إلاّ بعدُ[1] فلا يجب الرّدّ. وظاهر قول **سحنون** إثبات الرّدّ من غير وقف لانتظار العودة عن قرب أو بعد.

ولو ذهب العيب ذهاباً تؤمن عودته قبل القيام به. لم يكن للمشتري مقال.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

العقود على ضربين: عقد طريقه المكايسة، وعقد طريقه المكارمة والمواصلة.

فأمّا ما طريقه المكايسة والمتاجرة، فإنّه على قسمين: معيّن وغير معيّن.

فإن كان معيّناً، فالعهدة ثابتة فيه، على حسب ما قدّمناه في عهدة الثّلاث والسنة، إذا لم يشترط فيه البراءة، وكان من الرّقيق، على حسب ما قد بيّنّاه. وإن كان سلما في الذّمّة ففيه قولان: أحدهما إثبات العهدة فيه أخذا بعموم ظاهر الخبر الّذي قدّمناه، وقياساً على سائر المعينات المبيعة من الرّقيق، لكون العبد المسلم فيه إذا أحضر من عليه السلم عبداً، فيمكن أن يكون علم به بسبب عيب فكتمه، على حسب ما علّلناه فيما سلف.

---

(1) هكذا في النسختين والأوضح: بَعْدَ بُعْدٍ.

والثّاني: ألاّ عهدة فيه لكون المشترَى غير معين، ونفي التّعيين الظّاهرُ منه أنّه يتضمّن الجهل بسبب الأدواء المعتبرة في أدواء العهدة، فلم تثبت العهدة فيه لارتفاع علّتها.

وأيضاً فإنّه إذا تعيّن بالقبض، وبقيت فيه العهدة، فإنّ القبض لم يتناجز. وإذا لم يتناجز المعين المأخوذ عن دين، لم يجز ذلك، كما قال **ابن القاسم** فيمن أخذ عبداً غائباً عن دين في الذّمّة: إنّ ذلك ممنوع لأنّه فسخ دين في عوض يتأجّل قبضه.

وهذا على طريقة من ذهب إلى منع أخذ معين يتأجّل قبضه عن دين في الذّمّة.

ومن أجاز ذلك، لم يصحّ على أصله التّعليل بهذا. على أنّ في التّعليل به نظراً.

وإن منعنا أخذ معين يتأجّل قبضه/ عن دين، لأنّا إنّما ذكرنا عن **ابن القاسم** أنّه يمنع من هذا لكونه في صورة فسخ دين في دين. وهذا إنّما يتصوّر مع اختلاف الجنسين وإمّا مع كون الجنس واحداً، فلا يتصوّر فيه التّبدّل على الحقيقة، كما يتصوّر في جنسين، ولهذا قال **سحنون**: لا عهدة في عبد أخذ من دين. لأنّه إذا أخذ من دين حصلت المعاوضة ما بين جنسين مختلفين، فتصوّر فيها فسخ الدّين في الدّين.

وأمّا ما طريقه المكارمة من المعاوضة كالنّكاح، فإنّه اختلف قول **مالك** فيه، هل فيه عهدة إذا كان الصّداق عبداً/ أم لا؟ فأثبت فيه العهدة مرّة قياساً على سائر عقود المعاوضات الماليّة. ونفاها مرّة أخرى لكون هذا العبد عوضه ليس بمال محض، فخرج من أحكام العقود الماليّة في هذا. وأيضاً فإنّه يتصوّر فيه الطّريق الّذي صوّرناها في السلم، لكون البضع إذا عقد عليه وجب تنجيز استباحة الفرج، إذ لا يصحّ العقد على فرج لا يستباح في الحال، والفرج لا يصحّ اشتراط تعجيل استباحته، لأنّه كاشتراط النّقد في عهدة الثّلاث، واشتراط

النّقد فيها ممنوع. فاقتضى هذا منع إثبات العهدة فيه، لكون إثبات العهدة فيه تقتضي منع النّكاح وفساده. وفسادُه وارتفاعُه يرفع حكم العهدّة. فصار هذا كفرع كرّ ببطلان أصله، فيكون هو الباطل دون أصله.

ومن هذا المعنى السلف، فإنّه ذكر في **الموّازيّة والواضحة** ألاّ عهدة في سلف. وهكذا قال **سحنون**: لا عهدة فيما تسلف. وهكذا قال **ابن أبي زمنين**: لا عهدة في عبد مقرض. فلم يصرّح هؤلاء بثبوت العهدة في قضاء السلف.

وظاهر قول من حكينا عنه أنّه قال: لا عهدة في العبد المقرض. قد يشير إلى قضاء السلف، بخلاف ابتدائه، لأنّ ابتداءه طريقهُ المعروفُ، لا يبنى الأمر فيه على التّهم والقصد إلى المكايسة والمغابنة، لأنّ قصدَ المسلف إلى هذا وإرادتَه منفعةً لنفسه يحرم عليه ما فعل. وقضاء السلف ليس طريقهُ المعروفَ. فقد يتصوّر فيه التّهمة.

وهكذا الإقالة والتّولية لا عهدة فيهما لمّا كان طريقهما المعروف.

وحاول بعض المتأخّرين أن يخرج في هذا اختلافاً من اختلاف أهل المذهب في الإقالة، هل هي حلّ بيع أو ابتداء بيع؟ فإن قيل: إنّها ابتداء بيع، وجب ثبوت العهدة فيها.

وهذا التّخريج فيه نظر، لأنّه وإن قلنا: إنّه كابتداء بيع، فإنّ هذا بيع قصد فيه إلى المعروف، فلم يلحق بالعقود المقصود فيها المعاوضة على جهة المكايسة.

ولم يقع في المذهب خلاف في الرّدّ بالعيب، أنَّه لا عهدة فيه. وإن كان قد قيل في أحد الطريقتين: إنّ الرّدّ بالعيب كابتداء بيع. ولكن هذا وإن قيل، فهو بيع أوجبه الشّرع بغير اختيار من رجع إليه العبد، فخرج عن العقود الاختياريّة المقصود فيها المكايسة.

وقد قال **ابن الماجشون** في هبة الثّواب: لا عهدة فيها لمّا أن كان طريقها المكارمة والمواصلة. وكذلك الخلع لا عهدة فيه لأنّه ليس كالبيع المحض، ولهذا جاز عقده بالغرر، على أحد القولين. وأيضاً فإنّ المرأة قد استعجلت

قبض ما اشترته وهو منافع بعضها. فصَار ذلك كاشتراط النّقد فيما فيه العهدة، وقد قدّمنا أنّ اشتراط النّقد في عهدة الثّلاث لا يجوز. فإذا تضمّن إثبات العهدة في الخلع/ منْع المعاوضة وجب منعه في نفسه دون منع أصله، كما/ قدّمناه في التّعليل لإسقاط العهدة في النّكاح. وقد قال ابن أبي زمنين: لا عهدة في عبد مقرَض، أو مخالَع به، أو مأخوذ من قطاعة مكاتب، أو مصالح به عن دم عبد، أو مسلَم فيه، أو اشترِي، وهو غائب غيبة بعيدة، على الصفة. وهذا يمكن أن يكون رأى ذلك ملحقاً بعقود ما في الذّمة كالسلم، أو رأى أنّ عهدة الثّلاث تنقضي قبل أمد الوصول إلى العبد، فتسقط فيه عهدة الثّلاث. وقال بعض المتأخّرين: يجب اعتبار العهدة في بيع العبد الغائب، وإذا انقضت بقيت عهدة ضمان الغيبة، كُما بقيت في عبد لم يقبضه المشتري، فإذا انقضت، بقيت عهدة ضمان التّسليم على أحد القولين. ولكن هذا الّذي قاله يقتضي إثبات عهدة السنة فيه إذا عقد البيع فيه، وهو من الغيبة بحيث يجوز عقد البيع عليه وإن بعدت غيبته.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

قد قرّرنا محلّها في البياعات ومحلّها في العقود.

فأمّا محلّها في الأماكن، فعن مالك فيه روايتان: هل محلّها سائر البلاد، الّتي اعتادها أهلها أو لم يعتادوها؟ أو إنّما محلّها البلاد الّتي اعتيد ذلك فيها.

فروى المصريّون عنه أنّه لا يقضَى بها حيث لم تجْرِبها عادة، إلاّ أن يحملهم السلطان على ذلك.

وقد روى عنه المدنيّون أنّه يقضى بها في سائر البلاد، الّتي علم أهلها العهدة أو جهلوها، ويحملهم السلطان على ذلك.

فكأن من قصر العهدة على البلاد الّتي اعتادتها حمل الحديث على أنّ أهل المدينة اعتادوا البيع على العهدة، فأقرّهم ﷺ عليها، وقال (عهدة الرّقيق ثلاث)[1]

---

(1) الموطأ: 2/134. حد. 1790 ـ البغوي: شرح السنة: 8/149.

كما قدّمناه. فصار هذا الحديث خرج على سبب نُصّ عليه.

ومن قضى بها في سائر البلاد، أخذ الحديث على عمومه، فلم يقض على البلد الّذي خاطبهم ﷺ فيه بها واعتادوها.

أو يرى أنّ مقتضى الأصول سقوط الضّمان عن البائع بقبض المشتري للمبيع قياساً على سائر أجناس البياعات المتّفق على أن لا عهدة فيها.

ويجيب الآخرون عن هذا بأنّ في الرّقيق معنى، وهو كون مرضه عن أسباب تنكتم، كما قدّمناه، فلا يقاس على سائر أجناس المبيعات.

وأيضاً فإنّ البائع يمكن أن يكون علم سبب هذا العيب فدلّس به، فاحتيط في ذلك بإثباتها.

وإذا قلنا بقَصْر القضاء بها على مكان اعتيدت فيه، فهل يستحبّ للسلطان أن يحمل البلاد الّتي لم يعتادوها على البيع عليها أم لا؟ عنه في ذلك روايتان:

إحداهما قوله: وددت أنّ السلطان حمل النّاس عليها.

والرّواية الثّانية قوله: لا يحمل السلطان/ عليها من لم يعتدْها.

فكأنّه نظر في القول الأوّل إلى المصلحة والاحتياط من التّدليس، فخوطب فيه بما هو أصلح للجمهور كما يخاطب بإزالة الفساد عن مكاييلهم وموازينهم.

ونظر في القول الثّاني وهو نفي الضّمان بعد القبض كما قدّمناه.

فإذا تقرّر محلّ القضاء بها أو بإسقاطها، فإنّه لو اشترط المشتري إسقاطها بمكان اعتيدت فيه، أو إثباتها بمكان لا يلزم القضاء بها فيه، فإنّ بعض أشياخي يشير إلى أنّ في هذا الشرط وإمضائه اختلافاً:

فإن منعنا منه وأسقطناه لفساده، فإنّه يجري فساد العقد أيضاً على الاختلاف في بياعات الشّروط الفاسدة، هل يَفسدُ الشّرطُ ويصحّ العقد؟ أو

يبطلان جميعاً، على/ حسب ما كنّا قدّمنا في كتاب البيوع الفاسدة، وذكرنا مواضع الخلاف فيه.

وهذا الّذي قاله قد يتّجه تسليمه له في شرط اتّفق على منعه وفساده، كمن باع ثوباً وشرط على المشتري أنّه يضمنه له بعد قبضه، فإنّ هذا الشّرط لا يصحّ ثبوته باتّفاق. وأمّا إن كان شرطاً مختلفاً فيه اختلافاً مشهوراً، فإنّ الشّرط قد يصار إلى إمضائه، كما قيل في بيع الغائب: إنّ ضمانه من البائع إلاّ أن يشترط البائع ضمانه على المشتري فيصحّ شرطه. وقيل أيضاً ضمانه على المشتري إلاّ أن يشترطه على البائع فيصحّ شرطه. فقد أمضي هذا الشّرط، وإن اشترط في غير محلّه في الأصلين، لمّا كان مختلفاً في محلّه. فصادف الشّرط محلاًّ هو الأصل فيه على إحدى الرّوايتين عن **مالك**، بمضيّ الشّرط، ونفذ كما ينفذ لو حكم به في مسألة خلاف بين العلماء. لكن بيع الغائب إذا لم يكن فيه عادة أو عرف، كان الوجه فيه ما ذكرناه، والبيع على العهدة قد يفتقر إلى نظر آخر، وهو مقتضى العقد، هل مقتضاه إثبات العهدة أو إسقاطها؟ وقد قدّمنا في ذلك من الاختلاف عن **مالك**، رضي الله عنه. فإذا شرط ما يقتضيه العرف ومقتضى العقد اتّضح إمضاؤه. وإن شرط ما يخالفهما جميعاً، فقد صار بعض المتأخّرين إلى إبطال الشّرط وإمضاء العقد. وكأنّه ضعُف الشّرط عنده ها هنا لمخالفته وجهين: العرفَ ومقتضى العقد. ولو اختلف عنده مقتضى العرف، وكان للعرف وجه صحيح، صحّ العقد والشّرط أيضاً.

وهذا التّفصيل يحوجك إلى النّظر في رواية المصريين والمدنيين حتّى تعلم ما مقتضى[1]، على إحدى الرّوايتين، فتضيف إليه العرف وتنظر هل الشّرط وافقهما جميعاً أو خالفهما أو خالف أحدهما.

وهذا التّفصيل قد لا يتّضح له وجه يستمرّ على تحقيق النّظر. وإنّما تحقيق النّظر في هذا جواز الاشتراط أو منعه. فيمضي/ حيث يجوز، ويردّ حيث يمنع.

---

(1) هكذا في النسختين، والمعنى: ما هو المقتضى؟

إلاّ أن يكون في جوازه اختلاف، فمن قال بمراعاة الخلاف أمضاه. ثمّ قد ينظر أيضاً في الخلاف، هل هو شاذّ ضعيف في النّظر فتسقط مراعاته، أو هو مشهور تحسن مراعاته. هذا هو التّحقيق في هذا المعنى.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

قد بيّنّا أنّ النّقد لا يلزم في عهدة الثّلاث، لكون أسباب الضّمان المتعلّقة بالثّلاث كثيرة متكرّرة، فمنع من التّقابض فيه، لكون العقد عُرْضَة الانحلال. ويمنع من اشتراطه أيضاً لأنّه قد ينحلّ، فيكون النّقد المشترط سلفاً، وإن لم ينحلّ كان بيعاً.

وأمّا عهدة السنة، فإنّ النّقد جائز فيها، لكون الانحلال للعقد، بحدوث ثلاثة أدواء ذكرناها، نادراً، والنّادر لا حكم له.

ولو منع النّقد لوجب وقف الرّقيق المبيع عاماً كاملاً، فيقتضي ذلك بيع معين يقبض إلى أجل بعيد. وذلك لا يجوز. وإنّما أجزناه في بيع الثمر بعد الزّهو، وإن كان في ذلك الجوائح الّتي يضمنها البائع، لكون الغالب في الثّمار الأمْن من الجوائح، وكون ما يطرأ منها يستوي البائع والمبتاع في العلم بوقوعه.

بخلاف ما ذكرناه من إمكان اطّلاع البائع على سبب الأمراض الّتي تظهر في أيّام العهدة، وكذلك ما بيع على الكيل والوزن يجوز اشتراط النّقد فيه قبل القبض، لكون الأمن عليه هو الغالب. وإنّما تعلّق الضّمان على البائع لما عليه من حقّ/ التّوفية للمبيع. إلى بعض هذه المعاني أشار في كتاب **ابن الموّاز**.

فإذا منعنا النّقد في العهدة، فهل يجوز إيقافه مختوماً على يد البائع؟ هذا يجري على القولين نذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى.

وإذا دعا البائع إلى إيقاف الثّمن، فهل ذلك من حقّه أم لا؟ فيه أيضاً قولان:

أحدهما: تمكينه من إيقافه على يد عدل لئلاّ يهرب المشتري، أو يفلس، (من المضرّة)[1] في التّغرير بالثّمن لجواز أن يضيع في إيقافه.

فإن وقف فضاع. فإنّه يكون ضمانه ممّن يقضى له بأخذه.

فإن حدث بالمبيع عيب في أيّام العهدة وقد ضاع الثّمن، ففي تمكين المشتري من الرّضى به معيباً، فيكون ضمان الثّمن من البائع، قولان:

أحدهما أنّه لا يمكن من ذلك، لأنّ النّقص الّذي حدث في المثمون من ضمان البائع، فيجب أن يكون الضّمان للثّمن من المشتري أيضاً.

والقول الآخر أنّه يمكن من ذلك إن أراده ورضي بالعيب.

وهل يمكن بالثّمن الأوّل الّذي ضاع أم بثمن آخر؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يمكن من ذلك بالثّمن الأوّل، لأنّه لا يلزمه أن يؤدّي ثمنين في سلعة واحدة.

والثّاني: أنّه لا يمكن إلاّ بثمن آخر، لكون الثّمن الضّائع في ضمانه، كما/ أنّ النّقص في ضمان البائع.

والقول الثّالث **لسحنون**: أنّه إن ضاع الثّمن قبْل حدوثِ النّقص بالمبيع لم يمكّن إلاّ بثمن آخر، لكون الثّمن الّذي ضاع منه. وإن ضاع الثّمن بعد حدوث النّقص وكونه قد استحَقّ التّخيير بين الرّضى بالعيب أو الرّدّ، لم يلزمه ثمن آخر.

ولعلّنا أن نبسط هذا في موضعه إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثّامن أن يقال:

قد تقرّر ثبوت العهدة في العقود الجائزة. وأمّا العقود الفاسدة فهل تثبت فيها العهدة أم لا؟ قال الأشياخ: تثبت فيها العهدة، واحتجّ بعضهم بأنّ من شرط

(1) هكذا في النسختين.

النّقد في أيّام الخيار فإنّ فساد هذا العقد لا ينقل الضّمان عن أصله في البيع الصحيح[1] العهدة في البيع الفاسد.

وأمّا شرط البراءة، فاختلف فيها الأشياخ فقال الشيخ **أبو بكر بن عبد الرّحمان**: **إذا اشترى عبداً شراء فاسداً، وفات عنده فلزمته القيمة، فإنّ شرط البراءة ساقط، وللمشتري أن يردّ العبد بعيب لم يعلم به.**

وقال الشيخ أبو **عُمْران**: يثبت حكم البراءة كما يثبت ضمان المواضعة في البيع الفاسد. أو قياساً على ما وافقه عليه الشّيخ أبو بكر من ثبوت العهدة. وقد كنّا نحن قدّمنا ما يعرف منه وجه الخلاف في هذا الأصل.

وفي هذا نظر في العقد الفاسد هل يردّ إلى أحكام صحيحة أو يردّ إلى حكم نفسه كما تقدّم بيانه.

والجواب عن السؤال التّاسع[2] أن يقال:

إذا صرّح المشتري بإسقاط العهدة، فإنّها تسقط.

وإن فعل فعلاً ينافي القيام بها، مثل أن يعتق العبد أو يطأ الأمة فتحمل منه، فإنّ **ابن القاسم** ذهب إلى أنّ ذلك علم على الإسقاط. وأجراه مجرى النّطق بالإسقاط. ورأى غيره أنّ ذلك لا يكون إسقاطاً، بل يجب الرّجوع بقيمة العيب، كما لو أعتق عبداً ثمّ اطّلع بعد عتقه على عيب، فإنّه لا يسقط حقّه في القيام بالعيب، ولكن إنّما يقضى له بقيمة العيب لامتناع ردّ المبيع. فكذلك ها هنا إذا لم يُحمَل عتقُه ولا إصابةُ الأمةِ على إسقاط العهدة، وجب أن يكون ما فَعَل يوجب له قيمة العيب.

واحتجّ بعض من ذهب إلى هذا القول من أصحاب **مالك** بأنّ المشتري لا يمنع من الوطء في السنة، وإذا لم يمنع منه، وهو/ يجوز أن يكون عنه حمل،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فكذلك العهدةُ.

(2) السؤال ساقط مع باقي الأسئلة. ويمكن استرواح السؤال التاسع من جوابه هكذا: هل الفعل المنافي للقيام بالعهدة يسقطها كالتصريح بالإسقاط.

ولا يصحّ أن يكون ما فعله من هذا كالنصّ على إسقاط حقّه في العهدة.

وقيل: أمّا العتق فيُنقَضُ، لأنّه إذا ظهر من العيب ما اقتضى انحلال العقد، وبقي المبيع على ملك البائع، وجب ردّ العتق. ذكر هذا القول في من أعتق في عهدة السنة/. وهو يقتضي طرد ذلك في عهدة الثّلاث، وهو خلاف الأصول. وقد يقتضي ردَّ العتق بعيب قديم كان قبل عقد البيع إذا قيل: إنّ الرّدّ بالعيب حلّ للعقد من أصله. وقد كنّا ذكرنا الخلاف في هذا الأصل، وذكرنا وجه الخلاف فيه.

وقال ابن كنانة: لو تجذّم العبد في السنة، وقد أعتقه المشتري، لوجب أن يرجع بقيمة العيب، ويكون ما ترك العتيق من مال لمن أعتقه بحكم الولاء. ولو كان ما حدث من الجذام يجعل العبد لا قيمة له على حال، لوجب ردّ الثّمن كلّه. فإن مات هذا العتيق، أخذ البائع من تركته ما ردهُ من الثّمن، وكان ما فضل عن ذلك للمعتق بحكم الولاء.

وألزم بعض الأشياخ أن يكون هذا العتيق لو قطعت يده وأخذ فيها ديّة حرّ أن يكون للبائع أن يرجع على المشتري بما نقص قطع يده من قيمته، لأنّه يقول للمشتري: لولا إعتاقك له، لرجعت على الجاني بقيمة ما أتلف.

والجواب عن السؤال العاشر[1] أن يقال:

إذا اختلف البائع والمشتري في مضيّ أمد العهدة، فإنّ في هذا قولين:

أحدهما تصديق البائع لكون المشتري يحاول نقض بيع قد انعقد، فهو المدّعي المطلوب بالبيّنة.

والقول الآخر: أنّ القول قول المشتري، استصحاباً بالأصل، وهو كون الضّمان على البائع. فهو المدّعي لسقوطه عنه.

---

(1) السؤال ساقط، ويمكن استرواحه من الجواب هكذا: وما الحكم إذا اختلف البائع والمشتري في مضي أمد العهدة.

وهكذا لو باع عبداً فأبق، فإنّ له الرّدّ بعيب الإباق.

ولو تبرّأ في العقد من الإباق، ففيه قولان: هل يكون إثبات خروجه سالماً من العهدة على البائع، استصحاباً لحال الضّمان، وهي رواية **ابن نافع عن مالك في المدوّنة**. أو يكون على المشتري إثبات أنّه قد هلك في العهدة.

وبهذه الرّواية الثّانية **أخذ ابن القاسم**.

وكذلك لو اختلف المتبايعان في عبد بيع بالخيار، وقد ذهبت أيّام الخيار، هل مات في أيّام الخيار أو بعد ذهابها؟ ففيه أيضاً قولان، سببهما استصحاب حال كون البيع منعقداً أو استصحاب حال ثبوت الضّمان.

وكذا يجب على هذا لو اختلفا في تاريخ انعقاد البيع وتداعى المتبايعان في العيب، هل هو قديم أو حديث؟ أن يكون القول قول المشتري في التّاريخ استصحاباً لعدم عقده. أو القول قول البائع استصحاباً لكون البيع منعقداً، فلا ينتقض بالدّعوى. وهذا قد يحتاج إليه إذا أحال الشّهود تاريخ قدم العيب أو حدوثه على زمن، واختلف المتبايعان: هل كان عقد البيع قبل ذلك الزّمن أو بعده؟

والجواب عن السؤال الحادي عشر[1] أن يقال:

قد تقرّر أنّ من باع ملك نفسه، فعهدة ذلك عليه. وإن تكلّف غيره بيع ذلك بإذنه كوكيل، أو بإذن الشّرع كقاض أو وصيّ، فإنّ هذا يتفصّل القول. فلا يخلو أن يكون/ من تولّى البيع انتصب انتصاباً مشتركاً لسائر النّاس كالنّخّاسين والسماسرة، أو يكون ممّن عدا هؤلاء.

فأمّا النّخّاسون والسماسرة ومن في معناهم، فإنّهم لا عهدة عليهم فيما باعوه، ولا مطالبة بثمن إن استحقّت السلعة أو ردّت بعيب ولا يمين عليهم،

---

(1) هذا السؤال ساقط في النسختين، ويمكن استرواحه هكذا: ما الحكم إذا كان البائع غير المالك للسلعة.

لكن يؤمرون بإعلام مشتري السلعة بصاحبها الّذي وكّلهم على بيعها ليحاكموهم فيها. وإنّما/ [1] كان الأمر كذلك لأنّ النّاس الّذين يشترون منْهم إنّما يدخلون معهم على هذا الحكم الّذي ذكرناه، ولكونه من المصلحة لأنّهم يكثر ذلك عليهم ويتكرّر لديهم فلو ضمّنّاهم أثمان ما باعوه من السلع لانقطعوا عن هذا العمل وأضرّ بالناس انقطاعهم. فكان من المصلحة نفي الضّمان عنهم، كما كان من المصلحة إثبات الضّمان على الصنّاع.

وأمّا من عدا هؤلاء، وكان أيضاً منتصباً لهذا بإذن الشّرع انتصاباً عامّاً كالقضاة، فإنّه لا عهدة عليهم فيما باعوه على مفلس، أو لإنفاذ وصايا لأنّهم كالملزمين بهذا شرعاً، ولا منفعة لهم فيه. والنّاس الّذين يشترون منهم إنّما يدخلون معهم على هذا، فلو ضمِّنوا لوقفوا عن الحكومات في هذا. لكن يقضون بردّ الثّمن على من قبضه منهم إن كان موجوداً بعينه. وإن استهلك نفصِّل القول فيه على ما يرد في موضعه في أحكام الاستحقاقات إن شاء الله تعالى.

وأمّا الوصيّ فقد قال في **المدوّنة**: لا عهدة عليه فيما بيع في أموال اليتامى. وإنّما العهدة في مال اليتامى المبيع عليهم ذلك المستحَقّ والمردود بعيب.

واختار **ابن الموّاز** إثبات العهدة عليهم وعلى الوكيل المفوض إليهم [2]. وكان بعض أشياخي يشير إلى أنّ إثبات العهدة عليهم أنّها فيما باعوه من أموال اليتامى للتّجارة به، لأنّهم فعلوا ذلك اختياراً من غير ضرورة إليه، إذ لا يلزم الوصيّ أن يتجر بمال اليتيم. فإذا فعل ذلك اختياراً، صار كالوكيل المفوض إليه الّذي يقضَى بالعهدة عليه لكونه دخل في ذلك اختياراً، وأحلّ نفسه محلّ مالك السلعة في تفويض الأمر إليه في بيعها متى شاء ممّن شاء. فأمّا إن باع للإنفاق،

---

(1) اعتمدنا نسخة المدينة في إثبات ما ذكر من قوله: ـ كان الأمر كذلك ـ إلى قوله ـ بعد البيع أنه ـ وذلك لسقوطه من نسخة المكتبة الوطنية.

(2) هكذا ولعل الصواب: إليه.

فيكون كوكيل معين على بيع أمر معين، فلا عهدة عليه، على ما ذكر في **المدوّنة** في الوكيل المعين.

وأمّا بيع الوكيل المفوّض إليه، فإنّ العهدة عليه لما ذكرناه من التّعليل.

وكذلك المقارض لما ذكرناه أيضاً. ولكنّ النّاس إنّما يدخلون مع العاملين بالقراض على إثبات العهدة عليهم وأنّهم كالبائعين لملك أنفسهم.

وكذلك حكم الشّريك المفاوض في نصيب شريكه إذا باعه مع نصيب نفسه. وأمّا إن لم يكن/ مفوّضاً إليه، فهو كوكيل على معيّن. وقد اختلف قول **مالك** في الوكيل المعيّن على بيع شيء معيّن. ففي **المدوّنة**: لا عهدة على الوكيل في هذا. وذكر **ابن الموّاز** أنّه اختلف قول **مالك** في هذا. وقال **أصبغ** في الوكيل المعين: عليه عهدة إلاّ أن يشترط أن لا عهدة عليه. فأثبت **أصبغ** العهدة ها هنا وأجاز اشتراط سقوطها، لكون هذا اشتراط غير ممنوع في نفسه. لا سيما وقد صادف أحد قولي **مالك** في أنّه لا عهدة على هذا الوكيل.

وأمّا تعلّق اليمين على الوكيل المعيّن، فإنّ في ذلك قولين : ذكر في **المدوّنة** في وكيل ردّت دراهم لأجل كونها زائفة: أنه يحلف. **وذكر ابن الموّاز** أنّه لا يمين على الوكيل على بيع شيء بعينه. قال: لأنّه لو أقرّ بعد انقطاع وكالته بالعيب الّذي قام به المشتري لم ينقض البيع. وسنبسط هذا في كتاب الوكالات إن شاء الله تعالى.

وقد ذكر في **الموّازية** أنّ **مالكاً** قال: إذا اشترط الوصيّ والوكيل المفوّض إليه: لا يمين عليهما. فالشّرط ينفعهما إن كانا من أهل الدّين والفضل. وأمّا إن لم يكونا كذلك، لم ينفعهم هذا الشّرط. فقدّر أنّ أهل التّصاون والأقدار في الدّيانات نقص منهم استحلافهم فيُوفّى لهم بهذا الشّرط، لأنّه اشتراط لهم فيه منفعة وينفي عنهم مضرّة ويكرمون أن يحلفوا لأجل مال غيرهم. ومَن سواهم أبْقَاهم على الأصل في تعلّق اليمين بهم إذ لا يلحقهم معرّة استحلافهم.

ولمّا ذكرنا في هذه التّقاسيم حكم سقوط العَهدة عن السماسرة، اقتضى

الحال أن نبيّن حكم ما أخذوه من جعالة: وقد ذكر في **المدوّنة** أنّ السلعة إذا ردّت بعيب، ردّ السماسرة الجعل. وقدر أن البيع لمّا ردّ بالعيب، انتقض من أصله، وكأنّه لم يعقد، والسمسار إذا لم يعقد البيع الّذي استؤجِر عليه، فإنّه لا جعل له. وتأوّل الشيخ **أبو بكر بن اللّبّاد** هذا على أنّ البائع لم يدلّس. فأمّا إن دلّس بالعيب، فإنّه لا يلزم السماسرة ردّ الجعل، لكون البائع لمّا دلّس صار قاصداً إلى إتعاب السمسار واستخدامه على جهة التّغرير به في خدمته لمّا علم البائع أنّها تذهب باطلاً إذا ردّ البيع بالعيب. وقال الشّيخ **أبو الحسن بن القابسي** تتميماً لهذا الّذي قاله **ابن اللّبّاد**: هذا أيضاً إذا كان السمسار غير عالم بأنّه قد دلّس البائع بالعيب. وأمّا إن كان السمسار عالماً بتدليسه، فإنّه يكون له أجر مثله. فقدّر أنّه إذا كان السمسار عالماً بهذا التّغرير به، ارتفع بعلمه هذا كون البائع مغرّراً به. ولكنّه قضَى له بأجر مثله، وكان ينبغي أن يقضى له/ بالتّسمية، لأنّ هذا الفساد الّذي تواطأ عليه البائعُ والسمسارُ من ناحية العقد وكونه عقداً محرّماً، والبائع استأجر السمسار إجارة ممنوعة فاسدة من ناحية عقدها؛ وما فسد من جهة عقده فات فيقضى فيه بالتّسمية. لكن هذا يمكن، كما قال الشّيخ **أبو الحسن**، فيه أنّه فساد من ناحية الأثمان، لكون الجعل في نفسه غرراً، فأجيز للضّرورة، كما يرتفع الغرر إذا أنهى العامل عمله وبلغ نهايته. كالجعل على طلب الآبق، فإنّ الآبق إذا حصل ارتفع الغرر بحصوله. وهذا السمسار يُنهي العمل نهايته، وهو أن ينفذ بيع السلعة، ثُمّ يبقى بعد ذلك مترقّباً بردّها بالعيب، فصار هذا غرراً من ناحية الأثمان، ففسد هذا الجعل لذلك. فيقْضَى فيه بإجارة المثل، ويجعل المثل على الخلاف في ذلك إذا فسد الجعل. وسنبسط سببه إن شاء الله تعالى في موضعه.

ولو تراضيا المشتري والبائع بردّ السلعة بعيب، لم يلزم السمسار ردّ الجعل إذا أنكر تراضيهما، إلاّ أن يقضي القاضي بردّ البيع.

فلو لم تردّ السلعة بعيب إلاّ بعد أن فاتت، وقضي للمشتري بقيمة العيب، فإنّه إنّما يردّ من الجعل مقدار ما أخذه قيمة من العيب، لأنّ أخذ قيمته يتضمّن

أنّ البيع لم يتمّ فيه. وقد ذكرنا أنّ المبيع إذا ردّ بالعيب، ردّ السمسار الجعل. فإذا فات المبيع وكان مقدار الرّبع من الثّمن، ردّ السمسار الرّبع من الجعل الّذي أخذ. هكذا ذكر **ابن سحنون**.

وعلى هذا لو لم يفت عين المبيع، ولكنّه حدث عنده به عيب مفسدٌ، واختار المشتري أن يردّ المبيع وما نقصه من العيب، لكان للسمسار من الجعل بمقدار ما غرمه المشتري لمّا ردّ المبيع، لأنّ الّذي غرمه مضى البيع فيه وغرم ثمنه وما سواه انتقض المبيع فيه، فوجب ردّ الجعل فيه.

ولمّا ذكرنا أيضاً الاختلاف في الوكيل المعيّن عن بيع شيء معيّن، هل عليه العهدة أم لا؟ فإنّ هذا الاختلاف إنّما يتصوّر إذا ذكر عند البيع أنّه وكيل لغيره. وأمّا إن سكت عن ذلك، فإنّ العهدة عليه، لأجل أنّ المشتري إنّما عاقده مالك السلعة في كون العهدة عليه. ولو ثبت بعد البيع أنّه/ [1] وكيل لغيره ولم يكن هو ذكرذلك حين العقد، فإنّ المشتري إن شاء التزم المبيع على أنّ عهدته على الموكّل، وإن شاء ردّه لسقوط العهدة عن مالكه. إلاّ أن يلتزم له الرّسول العهدة، فيسقط مقاله. ولا يلزم الرّسول التزامها. هكذا ذكر في **الموّازيّة**.

وقد يقال في هذا عندي: إنّ المشتري دخل مع الوكيل على أنّه إنّما تكون العهدة عليه لكونه لم يذكر له أنّ المبيع لغيره، فمن حقّ المشتري أن يطلبه بهذا الالتزام الّذي التزمه له. وقد قال في/ **الموّازيّة**: لا يجبر الوكيل على ذلك. فيمكن أن يكون رأى مجرّد هذا الفعل الّذي وقع من الوكيل لا يكون التزاماً للعهدة، وإذا لم يكن التزاماً لكونه يمكن أن يقول الوكيل: قد علمت أنّها لغيري والعهدة على غيري. وثبت بالبيّنة بعد وقوع العقد أنّ الأمر كذلك، فأشبه أن يعتقد الوكيل أن يستغني عن ذكرذلك، فإنّ العهدة لا تلزمه. وإذا لم تلزمه، صار تبدّلها غير ما عقد المشتري عليه. ورجوعها على البائع كعيب اطّلع عليه المشتري، فيكون بالخيار في ردّ البيع.

---

(1) هنا ينتهي النقص في الوطنية.

وإن تطوّع الوكيل بالتزام العهدة، سقط مقال المشتري. وقد أسقط مقال المشتري من عهدته إذا أتى مستحقّ فأجاز البيع وصارت العهدة عليه، فلم يعتبر ها هنا تبدّل العهدة. وسنبسط القول فيه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وهذا حكم الوكيل المعين إذا باع. فأمّا إذا اشترى فإنّ الثّمن عليه، نقداً كان الثّمن أو مؤجّلاً. وهذا إنّما فارق حكم البيع لأجل أنّ العادة أنّ من وكّل على شراء سلعة دفع إليه ثمنها. وأيضاً فإنّ العهدة أمدها مترقّب إذا طرأ استحقاق أو اطّلاع على العيب. وهذا قد لا يقع، فلهذا لم يجعل على الوكيل عهدة فيما باع، وجعل عليه المطالبة بالثّمن، لأنّ كلّ مثمون لا بدّ أن يكون له ثمن. وقد قال فيمن أمر أن يأخذ دراهم سلما على طعام: إنّ الوكيل لا يطالب بالطّعام المسلَم فيه، وإن كان قد اشتراه بالدّراهم الّتي دفعها المسلم عليه، ثمّ مع هذا لم يكن عليه دفع ثمنها وهو طعام السلم لمّا لم تجر العادة بمطالبة الوكيل بما أخذه سلما في ذمّة غيره.

والجواب عن السؤال الثّاني عشر[1] أن يقال:

إذا كان لرجل سلم في ذمّة إنسان فولاّه لآخر، أو أشرك فيه، أو باعه إن كان ممّا يجوز بيعه قبل قبضه كالعروض والحيوان، فإنّه لا عهدة ها هنا على المُولَّى، ولا على المشرك، ولا البائع الثّاني. لأنّ معنى العهدة ضمان المبيع، وهو لم يصل إليه فيضمنه، وإنّما باع ذمّة غيره، ومعنى ذمّة كأنّه شيء مضمون على غيره، فلا تكون عليه عهدة.

وأمّا إن كان المولّى أو المشرك فيه أو المبيع شيئاً معيّناً قبضه مشتريه وصار في ضمانه، ثمّ نَقَل ملكه عنه إلى غيره، فإنّ ذلك إن وقع بعد أن اشتراه وقبضه بعد تراخ وانفصال من الأوّل وافتراق منه، فإنّ العهدة على هذا البائع الثّاني.

(1) السؤال ساقط من النسختين، ويمكن استرواحه هكذا: ما حكم العهدة في السلم إذا وقع التصرف فيه؟

وأمّا إن وقع ذلك بفور شراء البائع الثّاني وقبل افتراقه من الأوّل الّذي باع منه، فإنّ التّولية والشّركة تسقط عنه فيها العهـدة، اشترط إسقاطها أو لم يشترط.

وأمّا البائع، فالعهدة عليه، لكنّه يجوز أن يشترطها على البائع الأوّل ويسقطها عن نفسه. وإذا كان وقع عقد الثّاني على الوجه الّذي قلنا: لا عهدة عليه فيه وهي على الأوّل، فإنّه ذكر/ في **الموّازيّة** في الشّركة والتّولية أنّه يجوز أن يشترطها المولّى والمشرك/ على نفسه. وقال **ابن الموّاز**: في هذا مغمز، لأنّه كضمان بجعل.

وهذا الّذي ذكرناه عن المذهب من ثبوت العهدة على البائع الثّاني إذا وقع بيعه بعد انقضاء اشترائه من الأوّل وافتراقه منه. ووجهه أنّ الأصل ثبوت العهدة على من باع ملكه، وهذا باع ملكه بعد أن قبضه وصار إليه وسقط ضمانه عمّن باعه منه، فصار ذلك كبيع الإنسان ما ورثه أو اشتراه من بائع باع منه من أعوام كثيرة. فإذا كان هذا العقد وقع بفور شرائه من الأوّل وفي حين مواجبة البيع، فكأنّه لم يشتره، ويقدّر أنّ المشتري الآخر إنّما اشتراه من البائع الأوّل. لا سيما والمخالف يذهب إلى أنّ البيع لا يتمّ إلاّ بافتراق المتبايعين.

وأمّا التّفرقة بين البيع والتّولية، فإنّ التّولية والشّركة مقتضاهما أن يحلّ الثّاني محلّ الأوّل، ويسقط حكم الأوسط، فتصير العهدة على البائع الأوّل، ويقدّر الّذي أشرك في سلعته أو ولاّها كأنّه لم يملكها، وإنّما صار كواسطة بين الآخِر والأوّل الّذي باع من الأوسط. فإذا كان العقد على جهة البيع وتحويل جنس الثّمن أو تحويل مقداره بَعُدَ، ها هنا، أن يُقَدَّر كأنّه لم يكن.

قال القاضي أبو محمّد رضي الله عنه في فصل قبل هذا:

وكلّ مبيع هلك قبل قبضه فهو من المشتري إذا كان متعيّناً متميّزاً. وإن كان ممّا يجب فيه حقّ توفية، فهو من البائع.

قال الإمام رحمه الله: يتعلّق بهذا الفصل سؤالان. أحدهما أن يقال:

1 ـ ما حكم الضّمان قبل القبض في البيع الصحيح؟

2 ـ وما حكمه في البيع الفاسد؟

فالجواب عن السؤال الأوّل أن يقال:

قد تكلّمنا على أحكام الضّمان بعد القبض في أحكام العُهَد من الثّلاثة والسنَة. ورأينا أن نتبعه بالكلام على حكم الضّمان قبل القبض.

فاعلم أنّ المبيع إذا هلك قبل القبض، وهو متعيّن متميّز، ليس فيه توفية بكيل أو وزن، وذلك كالثّياب والحيوان، فإنّ العلماء مختلفون في ذلك.

فمذهب **أبي حنيفة والشّافعي** أنّ الضّمان متعلّق بالقبض لا بمجرّد العقد. فإذا ضاع الثّوب أو العبد قبل قبضهما، كانت مصيبة ذلك من البائع. ويحكى ذلك عن **ربيعة**.

والّذي يحكيه أصحابنا البغداديون عن **مالك** أنّه إنّما يتعلّق الضّمان بالعقد ولا يقف تعلّقه على حصول القبض بعد العقد. هكذا يورد أصحابنا، وغيرُهم نقلَ هذه المذاهب إيراداً مطلقاً.

والّذي يتحقّق من مذهبنا أنّ البائع إن أمكن المشتري من قبض المبيع الّذي ذكرناه فتركه عند البائع اختياراً منه، أنّ الضّمان يسقط عن البائع بالتمكّن، ويقدّر بقاء المبيع في يديه، بعد تمكين المشتري من قبضه، كقبض المشتري له ثمّ ردّه على البائع على جهة الوديعة عنده.

ومن المتأخّرين من يحكي عن المذهب الاختلاف في الضّمان مطلقاً، ولو كان البائع لم يمنع المشتري من القبض.

وبعض أشياخي يشير إلى الاختلاف في هذا أيضاً لأنّه يعلّل اختلاف قول **مالك** في المحتبسة بالثّمن، هل ضمانها من البائع أو من المشتري؟ إلى اختلاف في البيع ما هو؟ هل هو العقد فيضمن المشتري المبيع بمجرّد العقد؟ أو هو التّقابض فلا يضمن المشتري إلاّ بعد حصوله؟

وهذا الاعتلال منه يشير إلى وقف الضّمان على حصول القبض، وإن مكّن

البائع المشتري من قبض المبيع، إلاّ أن يريد حصول القبض حساً ووجوداً أو التمكين منه، ويرى التّمكين منه قبضاً، فيصحّ هذا النّقل عن المذهب.

على أنّ الاعتلال في نفسه ليس بالواضح. ويبعد أن يعتقد أحد من أهل المذهب أنّ حقيقة البيع هو التّقابض عن تعاوض.

وسبب هذا الاختلاف من جهة الظّواهر قوله ﷺ **(الخراج بالضّمان)**[1]. فقال البغداديّون، من أصحابنا: اتّفق على أنّ الخراج للمشتري بمجرّد العقد، وإن لم يقبض المبيع. فاقتضى هذا الظّاهر كون الضّمان منه لمكان الخراج له، لكونه عليه السلام علّق أحدهما بالآخر في هذا الحديث.

وأجاب بعض أصحاب **الشّافعي** عن هذا بأنّه[2] عليه السّلام إنّما يتضمّن كون من له الخراج عليه الضّمان. إلاّ أن يقلب هذا اللّفظ فيكون الحديث الضّمان بالخراج، فإنّه إذا قال: الضّمان يوجب الخراج، لم يقتض هذا الخطاب أن يعكس، فيقال وكذلك الخراج يتضمّن الضّمان ويدلّ عليه. وليس إذا قرن الشّيء بالشّيء وصحّ في الطّرد يجب أن يصحّ في العكس، وإنّما اشترط الطّرد والعكس في العلل العقليّة، ألا ترى أنّه لو قال قائل: كلّ مرسل نبيّ، لم يلزم من هذا لما علق الرّسالة بالنبوّة أن يكون كلّ نبيّ رسول.

ويتعلّق المخالفون بخبر آخر وهو ما ورد في الحديث من نهيه **عن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن**[3]. فكأنّه إنّما أشار إلى علّة النّهي عن بيع ما لم يقبض بأنّه إذا لم يقبض فلم يضمن.

وأجيب أيضاً بأنّ هذا لا يسلّم كونه دليلاً على أنّ علّة النّهي عن بيع ما لم يقبض كونه لم يضمن، ونحن نقصر النّهي على الأطعمة المكيلة والموزونة، فإنّا لا نجيز بيعها قبل قبضها، ونجيز بيع العروض قبل قبضها بالأدلّة الّتي قدّمنا في موضعها.

---

(1) الترمذي: 2/561. حد. 1285.

(2) أي بأن قوله.

(3) أحمد: 2/179.

وأمّا سبب الاختلاف من جهة الاعتبار، فإنّ المخالف يرى أنّ المبيع إذا لم يقبض، والعقد معرّض للفسخ، وإذاكان معرّضاً للفسخ، لم يستقرّ انبرامه ولزومه استقراراً كاملاً؛ ولهذا التفت الشّرع/ في الصّرف إلى إبطاله بالافتراق قبل التّناجز لمّا كان مجرّد العقد لا يتمّ به الملك تماماً كاملاً. والصرف خصّ بمنع الافتراق قبل تمام الملك.

وأجيب عن هذا بأنّ هذا حكم مقصور على الصّرف وعلى ما فيه الرّبا ممّا لا يحلّ التّأخير والافتراق قبل إنجازه لاختصاصه بدخول الرّبا فيه. ومنع الافتراق لأجل كون الملك في البياعات كلّها لم يتمّ بالعقد.

ويستدلّ أصحاب **مالك** بأنّ مجرّد القبض من غير تقدّم عقد لا تأثير له في إثبات الضّمان في كلّ المتملكات على أيّ صفة وقع القبض. وإنّما يتعلّق به حكم الضّمان المتفق عليه إذا تقدّمه عقد وجب القبض عنه. فإذا اجتمع الوصفان العقد ثمّ القبض، حصل الضّمان باتّفاق. وإذا فقد الوصفان، لم يتصوّر الضّمان باتّفاق. فإذا وجد أحدهما، فإن كان هو القبض بمجرّده، لم يؤثّر في الضّمان، لما قدّمناه في كونه كالعدم إذا لم يتقدّمه عقد. وإذا وقع العقد بمجرّده، كان أولى بالتّأثير في نقل الضّمان لكونه لم يتّفق على عدم تأثيره، وأيضاً فإنّه يناسب الضّمان، ألا ترى أنّ البائع لا يحلّ له منع المشتري من المبيع إذا دفع إليه الثّمن، بل يجبر على دفع المبيع إليه، فلولا أنّ العقد بمجرّده نقل الملك ما جبر البائع على تسليم المبيع إليه.

وإذا تقرّر أنّ اجتماع هذين الوصفين يوجب الاتّفاق على انتقال الضّمان، وجب إسناد الحكم، عند وجود أحدهما وعدم الآخر، إلى أشدّهما تأثيراً ومناسبة للحكم، كما يقوله المحقّقون في سبب الاختلاف في إثبات الشّفعة في شقص موهوب. فإنّ من أنكر الشّفعة/ فيه يقول بأنّ الملك إذا انتقل باختيار عن عوض، وجبت الشّفعة كالبيع. وإذ انتقل بغير اختيار وبغير عوض، كالميراث، لم تجب الشفعة. والشّقص الموهوب قد أشبه الميراث في كونه بغير عوض، وأشبه البيع في كون الملك انتقل باختيار. فينظر أيّ هذين الوصفين أشدّ تأثيراً

في الحكم، فيغلب وجوده على عدم الوصف الآخر.

وهكذا سبب الخلاف في العبد الموهوب، هل يتبعه ماله، كما نبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

ويستدلّ أيضاً على تأثير العقد بمجرّده بإمضاء عتق المشتري للعبد وإن لم يقبضه.

وأجاب أصحاب **الشّافعي** عن هذا بأنّ الشّريك ينفذ عتقه في نصيب شريكه، وإن لم يملك نصيبه ملكاً تامّاً ولا ناقصاً، فكيف بهذا المشتري الّذي لم يقبض وقد ملك، وإنّما يترقّب زوال ملكه. وكذلك أيضاً يجيبون من استدلّ من أصحابنا على إمضاء تصرّف المشتري في المبيع، بأنّ تصرّفه فيه بإهلاكه وإتلافه قبضٌ له. / فلهذا أنفذ تصرّفه، كما ينفذ تصرّفه بعد القبض.

وقد كنّا قدّمنا عن بعض أشياخي أنّه يسند هذا الخلاف إلى النّظر في البيع، هل هو التّقابض أو التّعاقد؟ وكان أيضاً أولع به غيره من الأشياخ من إجراء الخلاف في هذا الأصل على الاختلاف في مراعاة مضيّ أمد التّسليم، ومقدار المناولة بعد زمن العقد. ويرى أنّ ذلك لو اعتبر لم يسقط بالتّراخي، كما أنّ التّوفية بالكيل والوزن لا يسقط حكمها بتأخير الكيل أو الوزن.

وهذا التّشبيه ضعيف لأنّ الكيل والوزن إنّما يتعلّق الضّمان بهما، لكون المبيع لا يتميّز عن ملك البائع إلاّ بالكيل، ولا يعلم مبلغ ما باع إلاّ بذلك. بخلاف العبد والثّوب المتميّزين بذاتهما وأجزائهما. وإنّما قال من قال إنّ مجرّد العقد دون إقباض المشتري للمبيع أو تمكينه منه لا يوجب الضّمان. وإذا مضى مقدار زمن التّمكين، انتقل الضّمان وسقط ما اعتبرناه من تعلّق حقّ المشتري بإمكان المناولة وتناول ما باع. فإذا تراخى عمّا جعل له من الحقّ في التّناول. فقد أسقط[1] في ذلك بعد أن وفّاه له البائع. وإلى هذا المعنى أشار في مختصر **ابن شعبان مالك**، رضي الله عنه، من اعتبار حال المشتري. فإن كان مليّاً

---

(1) هكذا في النسختين. والمعنى: أسقط حقه.

إلى كون المشتري رهن العبد، وهو ممّا لا يغاب عليه، هل يضمن هذا الرّهن الرّاهن أو المرتهن؟ وهذا ظاهره مخالف لما تقتضيه الرّوايات المشهورة في كون ما لا يغاب عليه. لا يضمن. ويبعُد تأويل روايات مشهورة على مذهب شاذّ.

وقد كنّا قدّمنا قبل هذا أنّ طرق الاستدلال أنّه اتّفق على أنّ الخراج الحاصل عقيب العقد للمشتري، فاقتضى كون الضّمان يكون منه لقوله: (الخراج بالضّمان). ونبّهنا على ما قال أصحاب **الشّافعي** في هذا. وما ذكر من الاتّفاق عليه لا يسلمه بعض أشياخي ويرى أنّ الرّوايات بخلافه، وأنّ الّذي يحدث بالمحتبسة بالثّمن من عيب ونقص يجري على الخلاف في ضمانها. وكذلك ما يكون لها من غلّة يجري على الخلاف أيضاً في ضمانها. فإن قيل: إنّ الضّمان من المشتري، كان الخراج له والغلة، لأجل ضمانه. وإن قيل: إنّ الضّمان من البائع، كان الخراج له والغلّة، لأجل ضمانه، ولو كانت الغلّة كراء دار أو إجارة عبد. وسننبّه على هذا في بيع الغائب إن شاء الله تعالى.

وقد كنّا حكينا أنّ بعض المتأخّرين ذكر الاختلاف عن **مالك**، وإن لم يمنع البائع من التّسلِيم. فإن أراد أنّ هذا الاختلاف يتصوّر ولو مكّن من التّسليم، فوجهه عندي **ما** قدّمته. وإن أراد أنّه لم يمنع من التّسليم ولا مكّن أيضاً، وافترق المتبايعان على غير تصريح بأحد هذين الوجهين، فإنّه يصحّ ما أراد على أنّها كالمحتبسة لما كان له حبسها. وقد ذكرنا ما وقع في **مختصر ابن شعبان** من الاستدلال على أحد الوجهين بحال المشتري هل هو معروف غني أو غريب فقير؟

وقد اختلف المذهب أيضاً في المكيال إذا امتلأ بالزّيت فأهراق بفور امتلائه، هل يكون من البائع أو المشتري؟ وهذا يجري على الاختلاف في اعتبار انتقال الضّمان بقدر المناولة بعد العقد أو اعتباره بحصول العقد خاصّة. فإن اعتبرنا العقد بمجرّده، كان ضمانُ ما اكتيل وبلغ نهاية الكيل، ثُمَّ هلك قبل إمكان المناولة، من المشتري. وإن اعتبرنا مضيّ زمن المناولة،/ كان ذلك من البائع. وفي هذا المكيال الّذي أهريق عقيب كماله قولان مبنيّان على **ما** ذكرناه.

وقيل أيضاً: إن كان المشتري هو متولّي الكيل لنفسه، كان الضّمان منه. وكأن هذا قدّر أنّ اعتبار مضيّ زمن التّسليم والمناولة لمن لم يكن ذلك في يديه. وأمّا إن كان في يد المشتري فقد حصل ما يراد من إمكان المناولة، فلم يجب اعتبارها.

وهكذا يختلف في هلاك ثمر بيع أو زرع بيع فهلكا بعد يبسهما وكمالهما، هل يكون الضّمان من البائع أو من المشتري، بناء على اعتبار مقدار/ مضيّ زمن المناولة وإمكان التّسليم إذا كان هلاكهما قبل إمكان التّسليم.

وقد قيل أيضاً في الزّرع والثّمر: إنّ شرط جذاذه على البائع فهلك بعد اليبس، فإنّ ضمانه على البائع. وإن شرط ذلك على المشتري كان الضّمان من المشتري. وهذا قدّر أيضاً أنّ الجداد والحصاد ضرب من التّوفية، فمن كان ذلك عليه، كان الضّمان منه. ولكن القائل بهذا المذهب لم ينكر[1] من يكون ذلك عليه إذا أطلق العقد، فعلّق هذا بما قد يرتفع الخلاف فيه، وهو اشتراط ذلك على البائع أو المشتري. وعلى هذا بنى بعض الأشياخ اختلاف قول **مالك** في بيع الغائب، هل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ لكون ما بيع وهو غائب لا يمكن مناولته بعد العقد. فلم يحصل ممّا يمكن تعليق الضّمان به سوى العقد. فمن علق الضّمان بمجرّد العقد، كما قدّمناه، قضى بأنّ ضمانِ الغائب من المشتري وإن هلك عقيب العقد وقبل إمكان الوصول إليه. ومن اعتبر، في تعليق الضمان بالمشتري، مضيَّ أمد المناولة والتّمكين لم يضمن ذلك المشتري إذا هلك الغائب عقيب العقد قبل أن يمضي من الزّمن ما يمكن وصول المشتري إلى الغائب فيقبضه. فإذا ذهب ما يمكن معه وصول المشتري إليه، ارتفع حكم الخلاف في اعتبار أمد التّسليم، لكونه حصل ها هنا ولم يبق إلاّ القبض، ونحن لا نوقف الضّمان على حصول القبض من مذهبنا، ومذهب **الشّافعي وأبي حنيفة**. ولكن بُني هذا الاختلاف في ضّمان المبيع الغائب على اعتبار مضيّ زمن التّمكين ومقدار التّسليم، يقتضي جريان هذا الخلاف في سائر المبيعات الغائبة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يذكر.

ولو كان عقاراً. وهذا إنّما يستمرّ على مذهب من قال من أصحابنا: إنّ العقار يختلف فيه القول عندنا، هل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ وأمّا من قصر نقل الخلاف عن **مالك** على السلع والحيوان دون العقار، فقد ينهدم هذا البناء عليه، إلاّ أن يرى أنّ التّسليم في العقار يتصوّر بالعقد وزوال يد البائع عن المبيع الغائب، وهذا/ قد يتصوّر في العقار لكونه ممّا لا ينقل ولا يزال به ولا يمكن نقل ذاته وتحويل مكانه. بخلاف السلع والحيوان الّتي يمكن تبدّل الايدي عليها بانتقال أمكنتها ومحالها. وقد قدّمنا نحن في بيع الطّعام قبل قبضه ذهاب من ذهب إلى منع بيع ما لم يقبض في السلع دون العقار، لكون السلع ممّا ينقل ويزال بها بخلاف العقار. وإذا كان هذا الاختلاف في ضمان الغائب مبنيًّا على ما قدّمناه من اعتبار مضيّ أمد التّسليم، فمن اعتبره جعل ضمانه على البائع، ولكنّه أجاز اشتراطه على المشتري. ومن لم يعتبره، جعل ضمانه على المشتري، ولكنّه أجاز اشتراطه على البائع أيضاً. وهذا جاز فيه تحويل محلّ الضّمان على ما يوجبه الشّرع عند من ذهب إلى تحويله بالاشتراط لأجل ما عرض من الإشكال في اعتبار قدر المناولة، ولأجل إشكاله، اختلف قول **مالك** فيه. فكأنّ مشترطه ألزم نفسه أحد مذهبين قال بهما **مالك**، فصار التزامه كإلزام حاكم له حكم عليه بأحد المذهبين. وإنّما يجوز هذا الاشتراط حال العقد. وأمّا لو استقرّ العقد وبَرَد، لم يجز نقل الضّمان عن محلّه عند من ذهب إلى تعيين أحد المحلّين له البائع أو المشتري. لأنّ هذا معاوضة على ضمان، ولا يجوز بيع الضّمان ولا شراؤه لما فيه من التّخاطر والغرر. وما جرى بين **عثمان بن عفّان**/ **وعبد الرّحمان بن عوف**، رضي الله عنهما لمّا اشترى **عبد الرّحمان** من **عثمان** فرساً باثني عشر ألف درهم. ثمّ قال **لعثمان**: هل لك أن أزيدك أربعة آلاف على أن أجعل الضمان منك. ففعلا، إنّما كان ذلك لأنّهما إنما كانا متراوضين في انعقاد البيع، وإنّما استقرّا على انعقاده على أنّ الضّمان على **عثمان** رضي الله عنهما. وتلك الزّيادة إنّما زيدت ليستقرّ العقد لها ويرتفع ما كانا يه من المماكسة والمراوضة. ولا يحسن أن يجري في هذا اختلاف أهل

المذهب فيمن اشترى عبداً ثمّ بعد العقد اشترط ماله، أو اشترى نخلاً ثمّ بعد العقد اشترى ثمرتها. لأنّ هذين ألحقا بأصليهما مال العبد ألحق العقد عليه بالعقد على العبد، فكأنّهما عقدان وقعا معاً. وكذلك الثّمرة مع أصولها. وهذا الضّمان إنّما يشترى بانفراده من غير إلحاق له بأصله، فلا يحسن الخلاف فيه، تخريجاً على الخلاف الّذي قدّمناه في مال العبد وثمر النّخل. فهذا الّذي قدّرناه وبنينا هذه الفروع عليه من اعتبارقدر المناولة والتّسليم مستند أيضاً إلى النّظر في نوع من هذا آخر. وهو النّظر فيما ذا يجب على البائع، هل إزالة يده عن المبيع فيحسن ها هنا تعليق/ الضّمان بالعقد إذا رفع يده عن المبيع. أو يجب عليه التّمكين والتّسليم، فيعتبر هل يجبر عليه هو أوّلاً، أو يجبر المشتري على دفع الثّمن قبل قبض المثمون؟ وهذا ممّا وقع فيه اضطراب كثير.

قال **ابن القصّار** الّذي يجيء على المذهب أحد أمرين: إمّا جبر المشتري على دفع الثّمن ثمّ يقضَى له بقبض المثمون. وإن أبيا أن يتطوّع أحدهما بالبداية على تسليم ما عنده تركا على ما هما عليه. قال: والوجه الأوّل أقوى.

وذكر القاضي **إسماعيل** أنّه يُدفَع الثّمن والمثمون إلى رجل، فيدفع الرّجل لكلّ واحد منهما ما يستحقّه. وهذا أيضاً قد يتشاحان فيه فيمن يبدأ بالدّفع إلى هذا المعدِّل بينهما. أو يقال يتناوَل ذلك منهما جميعاً تناولاً واحداً. وقد قال بعض أشياخي: قوله في **المدوّنة** في كتاب الأكرية: يبدأ صاحب الدّابّة بالدّفع. فكلّ ما مضى يوم أخذ مقداره من المكتري: يشير إلى أنّ البائع يبدأ بدفع السلعة. وقال في النّكاح: للمرأة أن تمنع نفسها حتّى تقبض صداقها. وهذا يشير إلى البداية بدفع الثّمن قبل المثمن. وقد بسطنا في هذا الوجه في كتاب السلم، وذكرنا ما قال فيه أصحاب **الشّافعي** وغيرهم. وقد كنّا قدّمنا أنّ ما حدث من نقص في المحتبسة بالثّمن، فإنّه يجري على الخلاف في ضمان الكلّ. فإن قلنا: ضمان السلعة المحبوسة بالثّمن من البائع، ضمن ما طرأ من نقص، وكان ذلك عيباً للمشتري أن يردّ السلعة به. وإن قلنا: ضمان السلعة من المشتري، لم يكن للمشتري مقال فيما حدث من النقص، وهكذا ينبغي أن يجري هذا الخلاف

في الزّيادة الحادثة في المدّة المحبوس فيها المبيع بالثّمن.

وقد قال بعض الأشياخ: لو عقد البيع في أمة بعينها بياض فحبست بالثّمن فذهب بياض العين في مدّة الاحتباس بالثّمن، فإنّ هذا يجري على الاختلاف في ضمان المحتبسة بالثّمن، كما جرى حكم النّقص على ذلك. وأشار إلى أنّه يكون للبائع نقض البيع لأجل هذا النّماء والزّيادة وهو ذهاب العيب، كما كان للمشتري نقض البيع لأجل ما حدث من عيب في أيّام الاحتباس بالثمن.

وهذا قد يقال فيه هلا كان شريكاً بهذه الزّيادة؟ لأنّ السلعة المعقود فيها البيع ثبت الملك بها/ للمشتري، ولم يحدث ما يوجب حلّه. لكن حدث اختلاط ملك طرأ له بهذه السلعة المبيعة. وقد كنّا قدّمنا ذكر ما قيل في غلّة المحتبسة بالثّمن. ولعلّنا أن نبسط هذا في كتاب بيع الغائب إن شاء الله تعالى./

ويلحق بما نحن فيه من الكلام في الضّمان قبل القبض في البيع الصحيح هلاك السلعة إذا ردّت بعيب قبل أن تصير إلى يد البائع الّذي ردّت عليه. وهذا فيه قولان: أحدهما: أنّ السلطان إذا قضى للمشتري أن يردّ بالعيب، فإنّ مصيبة هلاك السلعة بعد هذا القضاء من الحاكم يكون من البائع.

والقول الثّاني إنّه من المشتري حتّى يقبضها البائع.

فمن جعل الضّمان من المشتري يعتلّ بأنّ قضيّة السلطان بالرّدّ إنّما تضمّنت إثبات تخيير المشتري بين الرّدّ أو الإمساك، فهي منه حتّى يردّها. ومن رأى أنّ الضّمان من البائع يقدّر أنّ المشتري لمّا رفع الأمر إلى القاضي ليقضي له بالرّدّ، صار كالوكيل له على الرّدّ. فإذا قضى بالرّدّ صار ردّه كردّ المشتري بنفسه. هذا الّذي يشير إليه بعض الأشياخ.

والتحقيق عندي فيه أن يلتفت في هذا إلى ما كنّا قدّمناه من الخلاف في الرّدّ بالعيب، هل هو نقض للبيع من أصله وحلّ للعقد؟ أو هو كابتداء بيع؟ فإن قلنا: إنّه حلّ للبيع من أصله ورفع للملك حتّى كأن المشتري لم يملك السلعة، حسن أن يقال على هذا: إنّ الضّمان من البائع. وإن قلنا: إنّ الرّدّ بالعيب

كابتداء بيع، عاد الأمر إلى ما كنّا قدّمناه من اعتبار تعلّق الضّمان بمجرّد العقد للبيع أو بمجرّد العقد مع اعتبار مضيّ إمكان التّسليم بعده.

ولو لم يقض السلطان بالرّدّ ولكن قال: فسخت البيع لأجل العيب، فإنّ **ابن القصّار** ذكر أنّ البيع ينتقض. فهذا عندنا وعند **الشّافعي**. وهذا الّذي قاله، إنّما يحسن إذا كان لا إشكال فيه ولا تدَاع[1]. وأمّا إذا كان ممّا فيه اختلاف بين العلماء ونداع بين الخصمين، فينبغي ألاّ يقتصر في الفسخ علىمجرّد قول المشتري.

وقال **ابن القاسم**: إذا اطّلعت المرأة على أنّ زوجها عبد، فإنّ النّكاح ينفسخ بفسخها له. بخلاف لو اطّلعت على أنّ به برصاً، فإنّه لا ينفسخ بمجرّد قولها، لأجل أنّ الرّدّ بالبرص يفتقر إلى اجتهاد.

والجواب عن السؤال الثّاني أن يقال:

قد تكلّمنا في كتاب البيوع الفاسدة على أحكام الضّمان بعد القبض، وذكرنا خلاف فقهاء الأمصار وغيرهم في ذلك، وأشرنا إلى حكمه قبل القبض أيضاً، وتعلّق الضّمان فيه بمجرّد التّمكين من غير قبض على اختلاف أهل المذهب في ذلك، وذكرنا سبب اختلافهم في هذا. وكذلك تصرّف المشتري فيه وهو في يد البائع، فإنّه إن باعه المشتري قبل أن يقبضه بيعاً صحيحاً، فإنّ فيه اختلافاً/ . وقد عورض فيه من لم يمض بيع المشتري فيه قبل القبض بأنّه أمضى فيه هبته فيه قبل القبض، والبيع أحرى أن يمضى، لكونه لا يبطله الموت ولا الفلس بخلاف الهبة. وقد قيل في الهبة: إذا باعها الموهوب قبل أن يقبضها، فإنّ موت الواهب لا يبطلها لتعلّق حقّ المشتري بها. وذكر **أشهب** أنّ عتق البائع للعبد المبيع بيعاً فاسداً لا ينفذ ولو ردّ عليه العبد بالفسخ. وعتقُ المشتري ينفذ في يد البائع، لأجل أنّ البائع ممكّن للمشتري من التصرّف فيما باعه. وإن كان **سحنون** لا يرى عتق المشتري نافذاً، لأنّ إذن البائع في التصرّف لا يصحّح العقد. وذكر **أشهب** أنّ المشتري إذا أعتق العبد وهو في يد البائع قبل أن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تداعياً.

يقبضه/ ولا مال له، لكن القيمة الواجبة على المشتري بالعتق[1] وإفاتة المبيع بأن صيّره حرًّا، إن كانت أكثر من الثّمن الّذي اشترى به العبد، فإنّه إنّما يباع من العبد بمقدار الثّمن ويعتق منه ما زاد على ذلك ويتبع به المشتري متى أيسر. مثل أن يكون العبد اشتراه بعشرة دنانير، وقيمته عشرون، فإنّه إنّما يباع منه بالعشرة الّتي هي الثّمن لا أكثر من ذلك. وقدّر ما زاد على الثّمن كدين طرأ على المشتري بعد أن أعتق عبده، فلا يردّ به العتق.

وناقضه **ابن الموّاز** في هذا بما قاله في مسألة أخرى من هذا المعنى، فإنّه ذكر فيمن عنده عبد يساوي مائة دينار فأعتق، وعليه خمسون ديناراً لرجل، ثمّ استدان من رجل آخر بعد العتق خمسين أخرى، فإنّه ذهب إلى أنّ العبد يُرَدّ عتقُ جميعه. لأنّه إذا ردّ نصفه وبيع في الدّين السابق للعتق، وجب لمن له الدّين الحادث بعد العتق أن يحاصّ الأوّل في الخمسين الّتي قبض فيأخذ منه نصفها، فيعود الأوّل طالباً للغريم المعتق، بما أخذ من يديه ممّا دفع من دينه إليه. فإذا بيع من العبد الأوّل بخمسة وعشرين ليكمل له دينه، عاد الثّاني فحاصّ الأوّل في هذه الخمسة وعشرين بنصفها، فينقص دين الأوّل فيطلب ردّ ما بقي من العبد معتقاً ليباع له في دينه، هذا كلّما أخذ حَاصَّهُ فيه الثّاني، فيعود هو لأجل المحاصّة طالباً للإكمال حتّى يستكمل ردّ جميع العبد.

و**ابن القاسم** يرى أن ليس من حقّ الأوّل إذا أخذ من يديه نصف الدّين، أن يرجع إلى المطالبة بما أخذ منه. فألزم **ابن الموّاز أشهب** أن يقول في هذه بما قاله **ابن القاسم** في القيمة الواجبة للبائع بسبب الإعتاق من أنّه ينبغي أنّه إذا بيع من العبد بالعشرة الّتي هي الثّمن قدّر نفسه/ كرجل آخر يطالب بالدّين الواجب من جهة التّقويم فينتقصُ ما أخذ من الثّمن فيعود يطالب بإكماله.

وأشار بعض الأشياخ إلى أنّ هذا لا يُناقَض به **أشهب**، لأجل أنّ من بيده رهن بالدّين لا يحاصه أحد، والعشرة الدّنانير الّتي هي الثَّمنُ العبدُ بها رهن في

(1) بياض في الوطنية بمقدار كلمتين.

يد البائع، فإذا أخذها، لم يحاصّ بدين حدث بعد العتق.

وهذه المسألة يلتفت فيها عندي إلى النّظر في أصل آخر، وهو كون العتق تضمّن حرّية العبد، وتضمّن إلزام المشتري القيمة. فهل يقدّر أنّ لزوم القيمة تؤخّر بعد العتق أم لا؟ هذا الأصل ممّا اضطرب فيه المذهب ولعلّنا أن نبيّن ما في هذا الأصل من الاضطراب في موضعه إن شاء الله تعالى.